# شرط الاحتفاظ بالملكية

## في بيع المنقول المادي

### دراسة مقارنة

دور شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع
- آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين
الأطراف - آثار شرط الاحتفاظ بالملكية
قبل الدائنين - الطبيعة القانونية
لشرط الاحتفاظ بالملكية

دكتور
محمد حسين منصور
أستاذ القانون المدني المساعد
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية
جلال حزي وشركاه

بسم الله الرحمن الرحيم

# مقدمة

ينعقد البيع بمجرد تبادل التراضى بين البائع والمشترى . تنتقل ملكية المبيع كقاعدة عامة ، الى المشترى بمجرد انعقاد البيع ولو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن . يجوز الاتفاق على تأخير نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن ولو تم تسليم المبيع . يحدث ذلك عادة فى البيع مؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط حيث يحتفظ البائع بملكية المبيع حتى يقوم المشترى بوفاء جميع أقساط الثمن . وهذا هو الشرط المعروف باسم شرط الاحتفاظ بالملكية .

يجمع الفقه والقضاء على صحة شرط الاحتفاظ بالملكية . استقر الشرط فى العمل وأقره القضاء ، دون نص ، فى ظل التقنين المدنى القديم والقانون الفرنسى . تناول القانون المدنى الجديد الشرط المذكور فى المادة ١/٤٣٠ التى تنص على انه « إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع» . بالرغم من عموم النص إلا أن مجال تطبيقه – يكمن عملاً فى بيع المنقول كالآلات والاجهزة والمعدات والمواد الانتاجية والاستهلاكية ، وبصفة عامة البضائع فى المعاملات التجارية . لذا تقتصر دراستنا على الشرط فى بيع المنقول المادى .

يثير شرط الاحتفاظ بالملكية بعض الصعوبات فى العلاقة بين البائع والمشترى سواء فيما يتعلق بالمركز القانونى للمبيع ومصير عناصر حق الملكية قبل الوفاء بالثمن ، ومدى أحقية البائع فى استرداد المبيع فى حالة عدم استيفاء الثمن وامكانية هذا الاسترداد من الناحية العملية . تبدو الصعوبة الحقيقية فى حالة افلاس المشترى ، ومدى أحقية البائع فى التمسك بالشرط قبل جماعة الدائنين . رفض كل من القضاء الفرنسى والمصرى نفاذ الشرط فى هذه الحالة ، أى أن القضاء

فضل مصلحة الجماعة على مصلحة البائع انطلاقاً من مبدأ المساواة بين الدائنين وحماية الائتمان الظاهرى القائم على وجود المنقول فى حيازة المدين .

أدى موقف القضاء من الشرط الى اضعافه والتقليل من فعاليته فى أداء دوره كأداة ضمان ، بصفة خاصة فى حالة الافلاس كخطر داهم يهدد حق الدائن . عزف الأفراد ، والموردون خاصة ، عن الركون الى الشرط فى تعاملهم ، وقلت ، بالتالى ، قيمته كعنصر ائتمان . تم اللجوء الى الاحتفاظ بالملكية ، بطريقة غير مباشرة ، من خلال اضفاء وصف آخر على العلاقة كالايجار البيعى والتأجير الائتمانى . يرفض القضاء ، غالباً مثل هذا الوصف ، بل ان المشرع نفسه قد نص صراحة على اعمال حكم البيع بالتقسيط على العلاقة حتى ولو سمى المتعاقدان البيع ايجاراً ( م٤٣٠/٤) . لذا ثار التساؤل عن مدى كفاية وجدوى الضمانات الاتفاقية الأخرى المتعارف عليها الى جانب الضمانات القانونية المقررة لضمان حق البائع .

يختلف الوضع فى القانون الالمانى حيث يتضمن التقنين المدنى نصاً محدوداً فى هذا الصدد ، إلا ان شرط الاحتفاظ بالملكية تطور ، فى العمل وعلى يد القضاء ، بصورة ملحوظة ، واحتل مكانة هامة فى مجال المعاملات وعلى صعيد الائتمان . تعددت صور الشرط ومجالات اعماله واصبح وسيلة فعالة لضمان حق البائع سواء قبل المشترى أو الغير ، هذا بالاضافة الى قيمته الاقتصادية كأداة للحصول على الائتمان اللازم حيث يشكل ، الى جانب نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان ، جزءاً من مجموعة التامينات التى ترد على المنقولات دون حيازتها . اضفى كل ذلك على الشرط المذكور ، رغم مساسه الواضح بقواعد الافلاس ، دوراً فعالاً فى تنشيط الحركة المالية حيث اصبح وسيلة ائتمان قوية لدى البنوك وحل ، بالتالى ، ائتمان المشترى محل ائتمان البائع . هذا بالاضافة الى نمو التبادل التجارى باقبال الموردين على إمداد المشروعات بكل ما يلزمها من مواد وبضائع ، مع الاحتفاظ بملكيتها ، مما يساعدها على الخروج من عثرتها وتجنب

الوقوع فى الافلاس . ولا يخفى تأثير ذلك على الوضع الاقتصادى بصفة عامة .

تطلع المشرع الفرنسى الى نظيره الالمانى ونظرائه الآخرين فى سويسرا وبلچيكا وايطاليا وانجلترا ، وتدخل لتقوية شرط الاحتفاظ بالملكية بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ مقرراً نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس ، وأصبح للبائع الفرنسى الحق فى المطالبة باسترداد المبيع ، المحتفظ بملكيته الذى لم يستوف ثمنه ، من بين يدى جماعة الدائنين ، بل والحصول على ثمن المبيع أو المتبقى منه لدى الغير الذى اكتسب ملكيته من المشترى . لعل الرغبة فى تنشيط الحركة الاقتصادية والنهوض بالمشروعات المتعثرة عن طريق الحصول على ما يلزمها من مواد وتصريف ما لديها من بضائع كان الدافع الأساسى للتعديل التشريعى الفرنسى ، هذا الى جانب حتمية مواكبة باقى التشريعات الاوروبية فى طريقها الى التوحيد .

يتضح من ذلك أن شرط الاحتفاظ بالملكية نموذج واضح للتأثير المتبادل والتداخل الشديد بين القانون والاقتصادى فى العصر الحديث ، والدور الذى تلعبه النظم القانونية على صعيد الائتمان والنشاط الاقتصادى بصفة عامة . ويكشف الشرط المذكور أيضاً ، عن الاتجاه نحو توظيف الملكية كوسيلة للضمان ، بالاضافة الى مفهومها الأساسى كحق عينى أصلى يخول صاحبه مكنات محددة ، ازاء قصور نظم التأمينات التقليدية عن مواجهة مقتضيات التبادل التجارى من جهة وضمان حق البائع ازاء مخاطر اعسار أو افلاس المشترى من جهة أخرى . لعل تلك التطورات كانت الدافع وراء دراسة هذا الشرط لمعرفة دوره وأهميته واحكامه فى القانون المقارن ومدى امكانية الاستفادة منها فى نطاق القانون المصرى .

نقسم دراستنا ، فى هذا المقام ، الى ابواب ثلاثة : نعرض فى الباب الأول لآثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين المتعاقدين ، ونبين فى

الثانى آثار الشرط بالنسبة للغير ، ونتناول فى الثالث الطبيعة القانونية للشرط . ونستهل ذلك بفصل تمهيدى نعرض فيه لمفهوم الشرط من خلال بيان دوره فى عقد البيع الائتمانى ومكانته بين ضمانات البائع فى استيفاء الثمن .

# فصل تمهيدي

## دور شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع

ان عقد البيع من العقود الناقلة للملكية حيث يؤدى الى نقل ملكية المبيع من البائع الى المشترى مقابل ثمن محدد . والأصل ان عقد البيع من العقود فورية التنفيذ حيث يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية والالتزام بدفع الثمن فور ابرام العقد ، إلا أن حاجة المعاملات قد تضطر المشترى الى ارجاء الوفاء بكل أو ببعض الثمن ، الأمر الذى يضفى على البيع صفة ائتمانية تحمل فى طياتها مخاطر معينة بالنسبة لحق البائع فى الثمن الأمر الذى قد يضطره الى اشتراط الاحتفاظ بالملكية كضمانة اتفاقية - بالاضافة الى الضمانات القانونية - لاستيفاء حقه قبل المشترى ودائنيه .

لذا نقسم دراستنا فى هذا الفصل الى مبحثين ، نعرض فى الأول للعلاقة بين شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الائتمانى ، ونعرض فى الثانى لضمانات حق البائع فى استيفاء الثمن .

# المبحث الأول

## شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الائتماني

نعرض فى البداية لنقل الملكية فى عقد البيع بصفة عامة ، ثم نبين طبيعة البيع الائتمانى وصوره التى تتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية صراحة أو ضمناً .

## المطلب الأول

### نقل الملكية في عقد البيع

البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شىء أو حقاً مالياً آخر فى مقابل ثمن نقدى (م ٤١٨ مدنى) (١) . يتضح من ذلك التعريف أن البيع عقد معاوضة ملزم للجانبين حيث يرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه ، فالبائع يلتزم بنقل ملكية الشىء أو الحق المالى مقابل التزام المشترى بدفع الثمن . يرد البيع على الملكية ، فهو يؤدى الى نقل الملكية أو يرتب التزاماً بنقلها (٢) .

---

(١) قارن المادة ١٥٨٢ فرنسى التى تقضى بأن البيع هو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بتسليم شيئ والآخر بدفع ثمنه .

Bloch P., L'obligation de transferer la propriété dans la Vente, .R.T.D.Civ 1988.673 .

(٢) السنهورى ، الوسيط ، جـ ٤ ، طبعة نادى القضاة ١٩٨٦ ص٥١٩ .

وتنص المادة ١٥٨٣ فرنسى على أن الملكية تنتقل الى المشترى بحكم القانون فى مواجهة البائع بمجرد الاتفاق على الشىء وعلى الثمن ، ولو لم يكن الشىء قد سلم فعلاً ، أو لم يكن الثمن قد دفع فعلاً منه .

تم ادخال هذا المبدأ بتأثير فقهاء القانون الكنسى ، بخلاف الحال فى القانون الرومانى حيث كان عقد البيع يرتب مجرد الالتزام بالتسليم وبدفع الثمن ، أما نقل الملكية فكان يلزم له اجراءات مستقلة كالاشهاد والتنازل القضائى والقبض . انظر تفصيل ذلك :

R.Juan. Bohomone, Le transfert des risques dans la Vente de meubles corporels, thèse dact, Montpellier, 1978, P.107.

تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات بحكم القانون الى المشترى بمجرد ابرام عقد البيع ( م ٢٠٤ مدنى ) . أما المنقول المعين بالنوع فلا تنتقل ملكيته بمجرد التعاقد بل يتوقف ذلك على افراز المبيع. ( م ١/٢٠٥ مدنى ) . وبالنسبة للعقارات لا تنتقل ملكيتها سواء فيما بين المتعاقدين أم فى حق الغير إلا بالتسجيل (١) . مؤدى ذلك أن انتقال الملكية يتم أحياناً بمجرد العقد ويتوقف فى بعض الاحيان على القيام بأعمال تمهيدية لازمة لهذا الانتقال .

فعقد البيع من العقود الرضائية التى تتم بمجرد التراضى بين أطرافها دون حاجة الى اجراء آخر . لم يعد البيع عقداً عينياً يتوقف انعقاده على تسليم المبيع ، بل ينعقد ويرتب آثاره بتبادل الايجاب والقبول ، وتتمثل تلك الآثار فى الالتزامات المتبادلة على عاتق كل من البائع والمشترى ، حيث يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبالضمان ، ويلتزم المشترى بالوفاء بالثمن وبتسليم المبيع .

والأصل أن يتم انعقاد البيع وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه فى وقت واحد وبمقتضى تصرف واحد ، بل ان الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بمجرد العقد إذا كان المبيع منقولاً معيناً بذاته . ويعلق المشرع أحياناً تنفيذ هذا الالتزام على القيام باجراء معين (٢) ، وتؤدى حاجة المعاملات فى بعض الأحيان الى الاتفاق على تأخير

---

(١) م ٩٣٤ مدنى ، م ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(٢) كالتسجيل بالنسبة لعقد البيع الوارد على العقار ، والافراز بالنسبة لبيع المنقول المعين بنوعه ولا يعنى ذلك بطبيعة الحال شكلية البيع فى هذه الحالات لأن الاجراء المطلوب هنا غير لازم لانعقاد التصرف ، بل يلزم لترتيب اثر معين أو للاحتجاج به على الغير . جلال العدوى ؛ أصول الالتزامات، الجزء الأول . مصادر الالتزام ، ط ١٩٨٨ ص٥٦ . عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام البيع ، ط ١٩٨٤ ص٦ .

وأنظر بالنسبة للقانون الفرنسى: F.Goré, le transferet de la propriété dans les Ventes de choses de genre, D. 1954, P. 175.

تنفيذ بعض الالتزامات أو التزام معين ، وهذا ما يعبر عنه بالبيع الائتماني .

## المطلب الثاني

## البيع الائتماني

**تعريف :**

البيع الائتماني هو بيع عادي ينعقد صحيحاً ومن شأنه ترتيب آثاره كاملة ، إلا أن أحد الأطراف يأتمن الآخر على ارجاء تنفيذ التزام ما لفترة محددة لسبب أو لآخر ، أي أنه يتم الاتفاق بين الاطراف على ارجاء أحد الالتزامات بغية تحقيق هدف معين ، فقد يتفق الأطراف على ارجاء دفع الثمن أو جزء منه لأجل أو لآجال محددة (١) ، أو ارجاء تسليم المبيع لحين الحصول عليه أو لحين استكماله ، أو ارجاء تنفيذ نقل الملكية لحين استيفاء الثمن .

فالبيع الائتماني بيع موجود وصحيح ، والأصل فيه أنه منجز ، إلا أنه يتضمن اتفاقاً على تأجيل تنفيذ التزام أحد المتبايعين . يوجد البيع الائتماني في كل حالة لا يتعاصر فيها تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه ، فإذا تأخر تنفيذ أحد هذه الالتزامات كان البيع ائتمانياً بالنسبة للطرف الدائن بهذا الالتزام . يكون البيع ائتمانياً بالنسبة للبائع إذا كان التزام المشترى بسداد الثمن مؤجلاً ، كله أو بعضه ، على الرغم من تسليم المبيع . ويكون البيع ائتمانياً بالنسبة للمشترى إذا كان التزام البائع بتسليم المبيع مؤجلاً على الرغم من قيام المشترى بسداد كل

---

(١) Michel de Juglart, Benjamin Ippolito, Droit Commercial, Paris 1975, T.4,P.523 . H.,L. et Mazeaud, Leçons de Droit Civil (par M.Juglart) 4eme éd., T.3, n 922.

أو بعض الثمن (١) ، نفس الحكم إذا كان الالتزام المؤجل التنفيذ هو الالتزام بنقل الملكية .

يتضح من ذلك أن البيع الائتمانى يوجد كلما ائتمن أحد الطرفين الآخر ، أياً كان محل هذا الائتمان حيث تكمن الحكمة من إعتبار البيع ائتمانياً وراء التنفيذ الآجل أو المستقبل للالتزام وما يحيط ذلك من مخاطر محتملة . ان عقد البيع ، بطبيعته ، عقد فورى التنفيذ ، تتولد آثاره كاملة بمجرد انعقاده صحيحاً مستوفياً أركانه وشروطه ، إلا أنه يجوز لأطرافه الاتفاق على تأجيل تنفيذ بعض آثاره فيصبح بذلك عقداً ائتمانياً نظراً للثقة التى يوليها الطرف الأول الذى قام بتنفيذ التزامه للطرف المدين بالالتزام المؤجل وما ينطوى عليه ذلك من مخاطر (٢) .

## اهمية البيع الائتمانى :

تطور البيع الائتمانى تطوراً ملحوظاً فى العصر الحديث وازدادت اهميته على كل من الصعيد الاقتصادى والقانونى حيث احتل مكانة بارزة فى معاملات الافراد والمؤسسات سواء فى مجال الانتاج أو فى مجال الاستهلاك . فقد أدى تداخل العلاقات الاقتصادية وثقل حجمها النقدى الى ازدهار فكرة الائتمان كوسيلة لمواجهة العجز المؤقت عن الوفاء بالالتزام الذى يتطلب جهداً ووقتاً اضافياً . لذا تزايد اهتمام التشريعات الحديثة بتنظيم البيع الائتمانى الذى أسفر العمل عن تطبيقات وصور عديدة له وما يستتبع ذلك من مشاكل ومسائل متعددة الجوانب (٣) .

---

(١) ابراهيم دسوقى ابو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٤ ص١٧ . وقرب فى نفس المعنى :

PH.Malurie, Enc. Dalloz Rep.Civ.,Vente,généralités, n. 39 et s.

(٢) انظر فى ارتباط الائتمان بعنصر الثقة : نبيل سعد ، نحو قانون خاص بالائتمان ، الاسكندرية ١٩٩١ ص١٨.

(٣) Bouloc, Les prolbèmes juridiques et financiers posés par la Vente à Crédit, R. int. de droit Comparé, 1973, P.617.

فالبيع الائتماني ينطوي بلا شك على فوائد جمة بالنسبة لكل من المدين والدائن ، حيث يتمكن الأول من قضاء حاجياته رغم ضعف امكانياته ، ويتمكن الثاني من مضاعفة عملياته التعاقدية ونشاطه الاقتصادي . ولكن الامر ينطوي من جهة اخرى على كثير من المخاطر حيث قد يتورط الفرد ، أمام اغراء الائتمان في العملية التي تفوق امكانياته وتوقعاته مما يعرضه للتقاعس عن الوفاء بالتزاماته والمساس بذلك بحقوق الدائن الذي يحاول الاحتياط ، في هذا الشأن ، من خلال الحصول على اكبر قدر ممكن من الضمانات لحقوقه (١) . لذا يحرص المشرع عند تنظيم البيع الائتماني على شمول احكامه لمصالح كل من الدائن والمدين بالائتمان بل والغير الذي قد يؤثر هذا البيع على حقوقه أو مركزه القانوني (٢) .

## البيع الائتماني والبيع الموصوف :

ينبغي تمييز البيع الائتماني عن البيع الموصوف . ونقصد بذلك البيع المعلق على شرط أو البيع المضاف الى أجل .

---

(١) Raymond , la protection des Consummateurs dans les ventes à crédit , Gaz. Pal, P. 8,9, et 10 nov. 1978.
Gavalda, L'information et la protection des Consummateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, D. 1978, P. 189.

(٢) مثال ذلك المشرع الفرنسي الذي أصدر القانون ٧٨-٢٢ في ١٠ يناير ١٩٧٨ المتعلق باعلام وحماية المستهلك في مجال الائتمان الخاص ببيع المنقولات واداء الخدمات ، والقانون رقم ٧٩ -٥٧٦ في ١٣ يوليو ١٩٧٩ المتعلق باعلام وحماية المقترض في المجال العقاري والقانون رقم ٨٠ -٣٣٥ في ١٢ مايو ١٩٨٠ المنظم للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية . وانظر في أمثلة اخرى للتشريعات المقارنة :
K.H. Neumayer, La vente à crédit, R. inter. dr. Comp. 1973, P. 601
Le droit du Crédit au Consommateur, ouvrage Collectif sous la direction et avec une préface de Ibrahim Fadlallah, Litec, Paris 1980.

وبالنسبة للقانون المصري صدر القرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ المنظم للبيع بالتقسيط هذا بالاضافة الى نص المادة ٤٣٠ من القانون المدني .

البيع الائتمـــانى بيــع موجود ويرتـب آثـاره كامــلة إلا بالنســبة للالـتزام المؤجل التـنفيـذ ، وهو فى هذا يختلف عن البيـع المعلق على شرط واقف حيث يتوقف وجود العقـد نفسه على تحقق الشـرط ، فإذا تخلف الشـرط انمحى البـيع ويعـتبر كأن لـم يكن منذ البداية (١) . ويختلف البيع الائتمانى عن البيع المعلق على شرط فاسخ حيث يعتبر موجـوداً ونافذاً إلا انه مـهدد بخطر الزوال بمجـرد تحقق الشـرط ، فاذا تخلف الشرط يصبح البيع باتاً غير معرض للزوال .

ويقتـرب البيع الائتـمانى من البـيع المضاف الى أجل واقـف فى انه موجـود وصـحـيح ، ويكمن الفارق بينهـما فيـما يتـعلق بالنفاذ ، فـالبيع الأول يكون مـوقوفـاً فقط بالنسـبة للالـتزام مـؤجل التنفيـذ ، أما البـيع الثـانى فلا يكون نافـذاً بالنسـبة لكل مـا يرتبـه من آثار . ويختلف البـيع الائتمانى ، بطبيعة الحال ، عن البيع المضـاف الى أجل فاسخ حيث يكون موجوداً ونافذاً بكامله إلا انه مؤكد الزوال عند حلول الأجل (٢) .

فـالبيع المـعلق على شرط يـتوقـف ، كلية ، فى وجـوده وزواله على تحقق الشـرط أو تخلفه ، أما البـيـــع الائتمـانى فهو ليس بيـعاً شـرطياً وإنما هـو بيع عـادى ينعـقـد باتاً (٣) بمجـرد اتفاق البـائع والمشـترى على المبيع وثمنه ، وكل مـا فى الامر أنه ينطوى على اتفاق بتـأجيل تنفيذ احد الالتزامات الى وقت محـدد أو تحقق واقعة معينة . فالبيع الائتمانى لا يعـتبر معلقاً على شرط أو مضـافاً الــى أجـل ، بل هـو

---

(١) مثال ذلك قضـاء النقض بانه متى كـان البيع معلقاً على شـرط واقف هـو رسو مـزاد الاطيـان الواردة به على البـائـع فى جلسـة المزايدة وكـان هذا الشـرط قـد تخلف برسـو المزاد فى تلك الجلسة على شـخص آخر غير البائع فـإنه يترتب على ذلك عـدم انعـقـاد البـيع واعـتبـاره كـان لم يـكن . نقض ١٩٦٢/١/١١ مجموعة أحكام النقض س١٢ص٤٩ .

(٢) فتحى عبد الرحيم عبد الله ، احكام الالتزام ، ط٢ ، ص٢١١

(٣) سليمان مرقس ، عقد البيع ، ط ١٩٩٠ ، ص١١٠

بيع منجز ، والمعلق على الشرط أو المضاف الى الأجل هو تنفيذ الالتزام وليس نشوءه أو انعقاد البيع (١) . وفي هذا يختلف البيع الائتماني عن البيع الذي يكون بذاته وبرمته مضافاً الى أجل ، أي مؤجل التنفيذ (٢) .

## المطلب الثالث

## صور البيع الائتماني

يكشف التعريف السابق للبيع الائتماني عن إمكانية تعدد صوره وتطبيقاته في الحياة العملية ، ونكتفي في هذا الصدد بالاشارة الى أهم تلك الصور ، وبصفة خاصة تلك التي تتضمن صراحة شرط الاحتفاظ بالملكية أو تعد تعبيراً بديلاً عن الشرط المذكور ، وهي : البيع بالتقسيط ، البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، البيع المؤجل التسليم ، البيع الايجاري ، التأجير الائتماني (٣) .

وتقتصر دراستنا لتلك البيوع على القدر الذي يخدم موضوعنا الاصلي أي على بيان البيوع التي يرد فيها شرط الاحتفاظ بالملكية ومدى كفايته في تحقيق الائتمان بالنسبة للبائع والوسائل البديلة التي يتكشف عنها الواقع العملي .

### ١- البيع لأجل أو البيع بالتقسيط :

لعل الصورة الغالبة والتي تتبادر الى الذهن عند الحديث عن البيع الائتماني تتمثل في البيع لأجل أو البيع بالتقسيط حيث يتم الاتفاق على امهال المشتري في دفع الثمن لأجل معين أو على هيئة أقساط في آجال محددة . فالبيع يمكن أن يكون مؤجل الثمن حيث يتم الاتفاق على سداده دفعة واحدة عند حلول الاجل . ويشيع ذلك بين

---

(١) السنهوري ، جـ ٤ ، ص٥٢٨ ، هامش ٢.

(٢) ابراهيم دسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ص٢٧٨.

Teyssie B., Les groupes de Contracts, L.g.D.J. 1975, P. 15.(٣)

التجار : فالمصنع يبيع منتجاته لتاجر الجملة بالأجل ويقوم هذا الأخير بتوزيع تلك البضاعة على تجار التجزئة بالأجل على ان يسدد البائع بالتجزئة الى بائع الجملة الثمن بعد بيع السلعة الى المستهلكين . ويقوم تاجر الجملة بدوره بالوفاء بالثمن الى المصنع (١) . أما البيع بالتقسيط فيتم توزيع الثمن فيه على دفعات دورية سنوية أو شهرية مثلاً ، وينتشر بين التجار والمستهلكين في مجال السلع المعمرة كالأدوات الكهربائية والأثاث والسيارات والمعدات والاجهزة (٢) .

ونظراً لشيوع وأهمية البيع بالتقسيط على الصعيدين الاقتصادى والقانونى تحرص معظم الدول على تنظيمه بتشريعات خاصة (٣) . نظم المشرع المصرى البيع بالتقسيط بالقرار بقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ . يواجه القانون المذكور البيوع التجارية أى تلك التى تتم تعبيراً عن ممارسة نشاط تجارى من قبل مؤسسات متخصصة أو افراد من التجار ومن ثم لا يدخل فى ذلك البيع بالتقسيط الذى قد يتم عرضاً بين الافراد العاديين (٤) . ويقتصر التنظيم على البيع الوارد على المنقولات المادية دون العقار والمنقولات المعنوية (٥) .

---

(١) مصطفى طه ، القانون التجارى ، ص ٣٢٤.

هانى محمد دويدار ، القانون التجارى ، الاسكندرية ١٩٩٢ ص١١٩.

(٢) على جمال الدين عوض ، القانون التجارى ، ١٩٨٣ ، ص٥١.

(٣) E.Cerexhe et A. Danse, La Vente a temperament et son financement dans le marché Commun, Travaux de la faculté de droit de Numur, 1970.

Martin D., La defense du Consommateur à Crédit, R.D.Comm, 1977 P.619.

(٤) على جمال الدين عوض ص٥٤ .

(٥) مع أنه من الممكن أن يرد البيع بالتقسيط على المحل التجارى وهو من المنقولات المعنوية . هنا يطبق القانون رقم ١١/ ١٩٤٠ الخاص ببيع ورهن المحال التجارية الذى يتضمن احكاماً خاصة بامتياز بائع المحل التجارى وبحقه فى فسخ عقد البيع ، وقد استمدت هذه الاحكام من تلك المنظمة لضمانات بائع العقار حيث يجب شهر الامتياز ودعوى الفسخ حتى يمكن الاحتجاج بهما على الغير . نبيل سعد ، المرجع السابق ص ١١٥.

وقد فرض القانون السابق بعض القيود والالتزامات على عاتق كل من يحترف البيع بالتقسيط واشترط شكلاً معيناً لاتمام هذا البيع وبعض الاحكام الخاصة بشروط التقسيط . والهدف من كل ذلك هو حماية المستهلك (١) ، إلا أنه من جهة أخرى ، رغبة فى ضمان حق البائع فى استيفاء الاقساط ، حظر تصرف المشترى فى المبيع دون اذن البائع قبل سداد الثمن (٢) .

٢- البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية :

ماهيته : يقترن البيع بالتقسيط ، غالباً ، بشرط الاحتفاظ بالملكية ، حيث يحتفظ البائع بالملكية ضماناً لاستيفاء كامل الثمن المؤجل . تقضى القواعد العامة بانتقال ملكية المبيع الى المشترى بمجرد ابرام العقد . ينشىء البيع التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية الى المشترى ، وينفذ هذا الالتزام بمجرد العقد وبقوة القانون إذا كان البيع وارداً على منقول معين بالذات ، ويعلق تنفيذ هذا الالتزام على الافراز بالنسبة للمنقول المعين بالنوع والتسجيل بالنسبة للعقار (٣) . ويتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية بصرف النظر عن تنفيذ المشترى التزامه بدفع الثمن ، فتخلف المشترى عن الوفاء بالثمن الواجب الأداء فوراً لا يمنع انتقال ملكية المبيع ولو لم يتم تسليمه (٤) ، حقاً أن البائع يمكنه حبس المبيع والامتناع عن تسليمه الى حين استيفاء كامل الثمن ، إلا ان ملكية المبيع المحبوس تكون للمشترى (٥) .

---

(١) على يونس ، العقود التجارية ١٩٦٨ ص٥٩.

(٢) والا تعرض للعقوبة الجنائية المقررة حيث تقضى المادة ٤٥ من نفس القانون بمعاقبة من يتصرف فى الشيء قبل الوفاء بكامل الثمن بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور والغرامة التى لا تتجاوز مائة جنيه أو احدى هاتين العقوبتين .

(٣) انظر ما سبق ص ١٠.

(٤) عبد المنعم البدراوى ، الوجيز فى عقد البيع ، ١٩٨٥ ص ١٣٦.

(٥) محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، ١٩٦٢ ص١٥٢.

ونظراً لأن القواعد السابقة المتعلقة بنقل ملكية المبيع لا تتعلق بالنظام العام يجوز للمتبايعين الاتفاق على ارجاء نقل الملكية الى أجل محدد (١) . ينطوى هذا الاتفاق ، غالباً ، على ابقاء الملكية للبائع وعدم انتقالها للمشترى إلا بعد سداده لكامل الثمن . يلعب شرط الاحتفاظ بالملكية ، فى هذه الحالة ، دوراً تامينياً هاماً لاستيفاء ثمن المبيع ، ويكون البيع ، فى هذا الفرض ، ائتمانياً بالنسبة لكلا الطرفين ، فالبائع يأتمن المشترى على الثمن ، ويأتمن المشترى البائع على الملكية (٢) .

يختلف البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية عن مجرد البيع بالأجل الذى يقتصر على اضافة الالتزام بدفع الثمن الى اجل معين ، حيث يقوم هذا البيع على ثقة البائع فى المشترى لأن نقل الملكية يتم بداية استقلالاً عن الوفاء بالثمن . اما البيع الأول فلا يتضمن هذه الثقة حيث يربط البائع نقل الملكية بالوفاء بالثمن . ومن ثم يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فى وقت لاحق على ابرام البيع هو وقت سداد كامل الثمن .

ولا يقتصر دور شرط الاحتفاظ بالملكية على الدور التأمينى السابق بل يمكن أن يتضمنه العقد لأسباب عديدة ومتنوعة ، كمن يبيع محلاً تجارياً مع الاحتفاظ بملكيته لمدة معينة حتى يضمن عدم تصرف المشترى فى المحل لشخص أجنبى تخشى منافسته . والهبة المستترة فى صورة بيع حيث يحتفظ الواهب بملكيته العين لمدة يخشى فيها سوء تصرف الموهوب له فيها . ومن يبيع شيئاً مقابل التزام المشترى بأداء اعمال وخدمات معينة

---

(١) جميل الشرقاوى ، شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، ١٩٧٥ ص١٢٨.
اسماعيل غانم ، الوجيز فى عقد البيع ، ١٩٦٣ ص١٢٢
منصور مصطفى ، منصور ، العقود المسماه ، ١٩٥٧ ، ص٩٦.

(٢) Zampou Téné-Boukari, La reserve de propriété dans les Ventes à Crédit. Contribution à la garantie du Crédit mobilier par la propriété, thèse, Strasbourg, 1984, P.25.

ويحتفظ بملكية المبيع الوقت اللازم لانجاز هذه الاعمال (١) . والبيع الذى يشترط فيه البائع ايراداً مرتباً مدى الحياة ويحتفظ فيه بملكية الأرض المبيعه حتى يضمن بذلك ان يوفر له المشترى أسباب المعيشة (٢) .

وإذا كان الغالب فى العمل أن شرط الاحتفاظ بالملكية يرد فى عقد البيع ، فليس هناك ما يمنع من ورود الشرط المذكور فى أى اتفاق آخر ناقل للملكية . مثال ذلك الشريك الذى يحتفظ بملكية الحصة المقدمة فى الشركة (٣) لفترة يضمن فيها جدية باقى الشركاء فى الوفاء بالتزاماتهم .

**مشروعيته :** لم تعد مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية محل جدل أو نقاش فى الفقه الحديث أو القانون المعاصر (٤) .

---

(١) لا نكون بصدد بيع بالمعنى الدقيق حيث يلزم لاعتبار العقد بيعاً أن يكون البدل نقدياً . ويمكن ان يتضمن الاتفاق ثمناً نقدياً روعى فى تقديره الخدمات المتفق عليها . واذا اقتصر الاتفاق على تقديم الخدمات كمقابل فاننا نكون بصدد عقد معاوضة غير مسمى .

(٢) ويجد الاشارة فى هذا المقام الى الفرض الذى يكون البائع غير مالك للمبيع وقت البيع ويتفق مع المشترى على تأخير نقل الملكية الى ان يحصل هو عليها . هنا نكون بصدد تأخير نقل الملكية الى ان يحصل البائع عليها من المالك الحقيقى . السنهورى جـ ٤ ص٥٢٨ . ويرى سيادته اننا أمام تعليق لنقل الملكية على شرط الحصول عليها . والواقع أن الامر لا يتعلق ، فى هذه الحالة بشرط الاحتفاظ بالملكية لأن البائع هنا غير مالك للمبيع . ومن ثم لا يمكن القول بأنه يحتفظ بملكية الشيء بينما هو لا يمتلكه اصلاً .

(٣) وتتمثل حصة الشريك فى هذه الحالة فى الانتفاع بالمال المقدم ( م ٥٠٨ ، ٢/٥١١ مدنى ) .

محمود سمير الشرقاوى ، القانون التجارى ، جـ ١ ، ١٩٧٨ ص٢١٩ .

(٤) Cerexhe E. et Danse A., LA Vente à Temperament et son financement dans le marché Commun, Bruxelles, 1970, T.1, P.40.

Ripert et Boulanger, traité de droit Civil, 4ème éd. T.2, n. 2505.

السنهورى جـ ٤ ص٢١٨ ، جلال على العدوى ، عقد البيع ١٩٨٨ ص١١٣ .

تردد البعض فى البداية أمام صحة شرط الاحتفاظ بالملكية حيث يترتب عليه وجود المال فى يد من لا يملكه ، فيضلل بذلك الغير الذى يعتقد أنه مالك ويتعامل معه على هذا الاساس بينما هو غير مالك (١)

ولعل الاعتراض الواضح على شرط الاحتفاظ بالملكية جاء أستناداً الى الفقه الاسلامى حيث استنتج البعض من هذا الفقه منافاة الشرط المذكور لمقتضى عقد البيع الذى من شأنه ، عند انعقاده مستوفياً شروط صحته ونفاذه ولزومه – أن ينقل الملك فى الحال من البائع الى المشترى (٢) .

وحقيقة الأمر أن الفقه الاسلامى يميز بين أمرين : الأول اشتراط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع مطلقاً . الثانى ، اشترط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع حتى يعطى الثمن المؤجل . فالشرط فى الحالة الأولى مخالف لمقتضى العقد باجماع الفقهاء ويقع باطلاً (٣). أما فى الحالة الثانية فالقاعدة أنه اذا ورد

---

(١) انظر فى الاشارة الى هذا الاتجاه سليمان مرقس ، ص ١٠٧ ، ابراهيم دسوقى أبو الليل ص ٢٧٥ هامش ٥٩٣.

(٢) عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ص ١٢١ ، ابراهيم دسوقى أبو الليل ص ٢٧٦ والفقه المشار اليه .

(٣) لدى المالكية ، فقد جاء فى بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص١٣٤ أنه « ... وأما ان اشترط معنى فى المبيع ليس ببر مثل الا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك ، وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط » . ونفس الحكم لدى الشافعية حيث جاء فى المهذب جـ ١ ص٢٦٨ « ... فان شرط ما سوى ذلك من الشروط التى تنافى مقتضى العقد ، بأن باع عبداً بشرط الا يبيعه او لا يعتقه ... بطل البيع » .

ويرى البعض فساد الشرط ، مثل الحنفية ، حيث جاء فى الشرح الكبير على المقنع جـ ٤ ص ٥٥ « ... والثانية الشرط الفاسد ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لأنه شرط ينافى مقتضى العقد اشبه ما لو شرط الا يبيعه » . والفقه الحنبلى حيث جاء فى المغنى جـ ٤ ص ٢٨٦ « .... الرابع اشتراط ما ينافى مقتضى العقد ... مثل أن يشترط إلا يبيع ولا يهب ولا يعتق ... فهذه واشباها شروط فاسدة » . ونفس القول لدى ابن تيميه . انظر فى كل ذلك السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى جـ ٣ ص١٥٠ وما بعدها .

الشـرط لمسـوغ مشـروع كضـمـان الوفـاء بالـثـمـن وقـع صحيحاً (١) .

أجاز القانون المدنى صراحة الشرط المذكور بنصه فى المادة ١/٤٣٠ على جواز اشتراط البائع أن يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . جاء النص المذكور مسايراً لما كان يجرى عليه القضاء منذ زمن قديم فى ظل القانون المدنى السابق (٢) . ويستقر شرط الاحتفاظ بالملكية فى القوانين المعاصرة (٣) نظراً لما يحققه من مصالح اقتصادية مشروعه من جهة ولعدم مخالفته للنظام العام من جهة أخرى ، ذلك أنه من المقرر جواز الاتفاق على تعليق انتقال الملكية على شرط معين أو تأجيل هذا الانتقال لاجل محدد (٤) ، حيث أن تحديد وقت انتقال الملكية بالعقد أمر لا يتعلق بالنظام العام (٥) .

---

(١) بوضوح لدى المالكية حيث جاء فى الخطاب جـ ٤ ص٣٧٣ « ... سئل مالك عن رجل باع عبداً أو غيره وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يعتق حتى يعطى الثمن ، قال لا بأس بذلك لأنه بمنزله الرهن اذا كان اعطاء الثمن لاجل مسمى » انظر فى ذلك السنهورى نفس المرجع ص ١٦٠.

(٢) السنهورى جـ ٤ ص٢١٨.

(٣) ابراهيم دسوقى ابو الليل ص ٢٧٠.

(٤) ولا يجوز أن تكون الملكية موقوتة اى مقترنه بأجل فاسخ ( أجل توقيت ، لأن الملكية اذا انتقلت تنتقل على وجه الدوام ولا تنتقل مؤقته . عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ص١١٩ ، وانظر له ايضاً : الأجل فى الالتزام ، القاهرة ١٩٦٤ . والملكية وإن كانت مؤبدة بحسب الاصل إلا انها قد تكون مؤقتة أحياناً كما هو الشأن فى ملكية المبانى المقامة على أرض الغير ، سمير تناغو ، عقد البيع ، الاسكندرية ، ص١٥٤ .

قارن السنهورى حيث يرى أن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس اتفاقاً على أجل تنتقل بعده الملكية ، بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية الى حين تحققه . ذلك ان الملكية تستعصى طبيعتها على أن تقترن بأجل ، فالأجل يجعلها مؤقتة والملكية حق دائم لا يلحقه التوقيت . الوسيط جـ ٤ فقرة ٢٣٦ .

(٥) محمد لبيب شنب ، ص ٩٦ ، جلال على العدوى ص ١١٢

مجاله : ان شرط الاحتفاظ بالملكية عام التطبيق يمكن الجوء اليه فى كل من بيع المنقولات والعقارات . ويكمن المجال الغالب للشرط المذكور فى بيع المنقولات المادية بالتقسيط حيث تنتقل ملكيتها الى المشترى بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن ، لذا يحرص البائع على ارجاء هذا الاثر ضماناً لاستيفاء حقه .

يختلف الأمر بالنسبة للعقار حيث يستطيع البائع الوصول الى نفس النتيجة من خلال الامتناع عن القيام بالاجراءات اللازمة لتسجيل البيع ذلك أن التسجيل لجراء لا غنى عنه لنقل ملكية العقار . وغالباً ما يتم الاتفاق بين المتبايعين على ارجاء التسجيل لحين الانتهاء من سداد الثمن (١) . وهذا الاتفاق ضرورى لتقوية مركز البائع فى مواجهة المشترى الممتنع عن دفع الثمن ، حيث لا يمكن لهذا الاخير أن يلجأ لدعوى صحة ونفاذ عقد البيع لان شرط قبول هذه الدعوى هو أن يكون التزام البائع نفسه نافذاً والا يكون محقاً فى امتناعه عن التنفيذ (٢) . حقاً أن البائع يستطيع ، ولو لم يوجد اتفاق على تعليق التسجيل على سداد الثمن ، التمسك بجميع الدفوع التى تتعارض مع طلب المشترى اثبات صحة ونفاذ البيع بما فى ذلك التمسك بالامتناع عن التنفيذ لعدم قيام المشترى بتنفيذ التزامه بالوفاء بالثمن (٣) ، ولكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يخضع ، فى حالة عدم وجود اتفاق ، كما هو معلوم ، لمبدأ وجوب

---

(١) لا شك ان هذا الاتفاق يغنى عن شرط الاحتفاظ بالملكية حيث يقود لنفس الهدف . بل يمكن القول ، تجاوزاً بأن مثل هذا الاتفاق يعد تعبيراً مغايراً عن الشرط المذكور .

(٢) برهام محمد عطا الله ، دعوى صحة التعاقد على البيع ص ٢٨٧.

(٣) نقض ١٩٧٥/٥/٢١ المجموعة س ٢٦ ص١٠٤٠ وقد جاء فيه أنه متى كان من الثابت ان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض دعوى صحة التعاقد المرفوعة من الطاعن استناداً الى انه لم ينفذ التزامه بدفع الثمن ، فلا يحق له مطالبة المطعون ضدهم بتنفيذ التزامهم بنقل الملكية .

مراعاة حسن النية فى التنفيذ الذى عبرت عنه المادة ١/١٤٨ مدنى. ومن ثم لا يجوز التمسك بهذا الدفع فى حالة ما اذا كان ما لم يتم تنفيذه من الالتزام المقابل قليل الأهمية بالنسبة لما نفذ منه (١) .

وعلى ذلك اذا لم يكن هناك اتفاق صريح على ربط التسجيل بالانتهاء من دفع كل الثمن او اتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية ، فإن البائع لا يستطيع الامتناع عن اتمام اجراءات التسجيل فى حالة ما اذا كان الجزء المتبقى من الثمن قليل الأهمية بالنسبة للجزء المدفوع منه .

ويندر اللجوء الى شرط الاحتفاظ بالملكية فى بيع المنقولات المعينة بالنوع ذلك أن ملكية تلك المنقولات لا تنتقل الى المشترى بمجرد العقد بل يلزم الافراز ، وغالباً ما يعلق البائع ذلك الاجراء على استيفاء حقوقه . وبفرض قيام البائع بافراز المبيع وتسليمه قبل قبض كل الثمن ، فإنه يلجأ الى وسائل اخرى لضمان حقه دون شرط الاحتفاظ بالملكية الذى لا يتفق غالباً وطبيعة هذه المنقولات نظراً لتماثل وحداتها وإمكان الحصول عليها دائماً من الاسواق وهى غالباً ما تكون اشياء قابلة للاستهلاك ينحصر استعمالها بحسب ما اعدت له ، فى استهلاكها مادياً او قانونيا (٢) ، كالطعام والوقد والحبوب والمنسوجات ، ومن ثم يتنافى شرط الاحتفاظ بالملكية مع الغرض الذى من أجله حصل عليها المشترى .

ومن المتصور كذلك ورود شرط الاحتفاظ بالملكية بصدد بيع الحقوق الذهنية كحق المؤلف والملكية الفنية والصناعية ، كمن يبيع الحق فى براءة الاختراع مع الاحتفاظ بملكيته لضمان استيفاء

---

(١) نقض ١٠/٥/١٩٦٦ المجموعة س ١٧ ص١٠٤٠ وقد جاء فيه أنه يجب الا يساء استعمال الدفع بعدم التنفيذ ، فلا يباح للعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه اذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلاً لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذى لا يكون متفقاً مع ما يجب توافره من حسن النية .

(٢) مصطفى الجمال ، النظرية العامة للقانون ، ١٩٨٧ ص٣٧٨.

فتحى عبد الرحيم عبد الله ، نظرية الحق ، ١٩٨١ ص٢٢٥ ، ٢٢٩ .

حقوقه (١) . ولعل التطبيق البارز فى هذا المجال يتمثل فى بيع المحل التجارى ، وهو منقول معنوى ، مع الاحتفاظ بملكيته (٢) . وينبغى ملاحظة الاحكام الخاصة لنقل الحقوق المعنوية حيث يتطلب القانون اجراءات معينة لهذا الانتقال . تعبر المادة ٨٦ مدنى عن ذلك بقولها : « الحقوق التى ترد على شيء غير مادى تنظمها قوانين خاصة » . لعل تأخير إتمام لجراءات نقل الحق المعنوى يعد الضمانة الكافية للبائع لاستيفاء حقوقه قبل المشترى مما يغنيه عن شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يقل وجوده فى هذا النوع من البيوع .

يتضح من كل ما سبق ان المجال الخصب لشرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع المنقول المعين بالذات وهو ما سوف يكون محور دراستنا .

### ٣- البيع المؤجل التسليم :

الأصل ان عقد البيع يولد فى ذمة البائع التزاماً بتسليم المبيع ، وهذا الالتزام يترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه (٣) ، اذ

---

(١) تنتقل ملكية براءة الاختراع بمجرد العقد ، الا ان هذا الانتقال لا يكون حجة على الغير إلا من تاريخ التأشير بالتنازل فى سجل البراءات ( م ٣/٢٨ من قانون ١٩٤٩/١٣٢) . ونفس الحكم بالنسبة للرسوم والنماذج ( م ٤٣ من نفس القانون وم ٦٧ من اللائحة التنفيذية ) . انظر تفصيل ذلك . سميحة القليوبى ، الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية .

(٢) والجدير بالذكر ان الكتابة لا تلزم لانعقاد او بيع المحل التجارى ، إلا انها تلزم لنشأة امتياز البائع ( المادة الأولى من القانون ١٩٤٠/١١ ) ، نقض ١٩٥٤/٤/١٥ المجموعة س٥ ص٧٧٤ .

ونظراً لأن تنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية فى القانون الفرنسى يقتصر على بيع المنقول المادى ، فان المحل التجارى كمنقول معنوى لا يمكن ان يكون محلاً للشرط المذكور حتى فيما يتعلق بالعناصر المادية التى تدخل فيه .

Limoges, 7 Nov. 1988, R.D. Banc. 1989. 142, ob. Dekeuwer-Defossez Ripert et Roblot, op. cit., n 3161.

(٣) نقض ١٩٨٧/٦/١٦ طعن رقم ٩٤٩ س٥٤ق ( مجلة القضاة س٢١، العدد الاول ص٩٠).

تقضى المادة ٢٠٦ مدنى بأن الالتزام بنقل حق عينى يتضمن الالتزام بتسليم الشىء والمحافظة عليه حتى التسليم . وتنص المادة ٤٣١ مدنى على أن يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشترى بالحالة التى يكون عليها وقت البيع . ويقوم الالتزام بالتسليم ولو كان الثمن مؤجلاً ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يقدح فى ذلك أن يكون المبيع عقاراً ولم يتم تسجيل العقد (١) .

يجوز للأطراف الاتفاق على تأجيل تسليم المبيع لفترة ما ولسبب معنى كسداد كل أو جزء من الثمن أو الوقت الكافى لاعداد وتجهيز المبيع . فالبيع هنا يكون ائتمانياً بالنسبة للمشترى الذى يقوم بدفع الثمن دون استلام المبيع (٢) . ولعل التطبيق الواضح لذلك هو بيع الاشياء المستقبلة . فمن الجائز أن يرد البيع على شىء يوجد فى المستقبل حيث تقضى المادة ١/١٣١ مدنى بأنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . ويشترط لصحة البيع فى هذه الحالة أن يكون الشىء المتعاقد علية موجوداً وقت التعاقد أو قابلاً للوجود مستقبلاً (٣) .

---

(١) نقض ١٩٨٣/٥/٣ المجموعة س٣٤ ص١١١٦ - نقض ١٩٨٧/٦/٢٣ طعن رقم ٢٥٣١ س٥٢ق ( مجلة القضاة ص ٩٤).

(٢) واذا كان الثمن هو بدوره مؤجلاً كالتسليم ، فإننا نكون بصدد بيع ائتمانى بالنسبة للطرفين . وينبغى تمييز ذلك عن الحالات التى نكون فيها بصدد بيع معلق على شرط أو مضاف الى أجل أو مجرد وعد بالبيع بحسب الأحوال ( انظر ما سبق ص ١٤ ) . مثال ذلك الاتفاق على شراء محصول أرض قبل نضجه ، بسعر الوحدة أو جملة ، فالبيع هنا يكون على شرط واقف هو وجود المبيع مستقبلاً أياً كان قدره .

ولعل الصورة المثالية للبيع الائتمانى من جانب المشترى هى بيع السلم فى الشريعة الاسلامية وهو « بيع شىء غير موجود بالذات بثمن مقبوض فى الحال ، على أن يوجد الشىء ويسلم للمشترى فى أجل معلوم » . السنهورى جـ ٤ ص٢٧٩.

(٣) ويبطل البيع اذا كان المبيع غير موجود أصلاً ولا يمكن وجوده فى المستقبل ، ونفس الشىء اذا قصد المتعاقدان أن يقع البيع على شىء موجود فعلاً إلا أنه ينبنى على وجوده وقت التعاقد حتى ولو امكن وجوده فى المستقبل . السنهورى جـ ٤ ص٢٤٤.

ويقدر الثمن اما بسعر الوحدة او الجملة . كالبيع الوارد على محصول الأرض قبل جنيه .

ومن أهم تطبيقات البيع مؤجل التسليم لوروده على شيء مستقبل بيع صاحب المصنع منتجاته قبل اتمام صناعتها كبيع الاثاث المنزلى وعقد تشييد السفن وبيع المبانى تحت الانشاء . لا تنتقل ملكية المبيع فى هذه الحالة بمجرد العقد بل أثر تحقق وجوده (١) ، حيث من المقرر أن الملكية تنتقل فى بيع الشيء المستقبل عندما يكون جاهزاً لتسليمه الى المشترى (٢) . فإذا كان المبيع عقاراً تحت التشييد ، فإن الملكية تنتقل بمجرد اتمام البناء بشرط تسجيل العقد (٣) .

٤- البيع الايجارى :

**تعريف :** يفضل البائع ، أحياناً ، افراغ العلاقة التعاقدية التى تربطه بالمشترى ، لمدة محددة ، فى صورة رابطة إيجارية ، أى انه يتم اخفاء البيع فى صورة عقد ايجار ، ويسمى البيع ايجاراً . وهذا ما يطلق عليه فى الفقه البيع الايجارى أو الايجار الساتر للبيع (٤) .

---

(١) السنهورى جـ ٤ ص٥٢٦ .

(٢) عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع ، فقرة ١٧٤ ، ١٣٥.

(٣) ويجوز الاتفاق على أن يتملك المشترى الشيء المصنع أولاً بأول حتى يمكنه ، فى حالة افلاس المصانع وتوقفه عن العمل ، الاستيلاء على الاشياء تحت التصنيع بدلاً من الدخول كدائن عادى فى مزاحمة باقى الدائنين .

H., L., J Mazeaud, op. cit. n. 925.

وبصدد شراء العقار تحت التشييد يعرف القانون الفرنسى الى جانب البيع حسب الحالة المستقبلة ، صورة أخرى هى البيع لأجل فى المادة ٢/١٦٠١ مدنى وهو « العقد الذى يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند الانتهاء من بنائه ، ويتعهد المشترى باستلامه ودفع الثمن عند التسليم . ويتم انتقال الملكية بقوة القانون بتحرير ورقة رسمية تثبت الانتهاء من البناء وتنتقل للملكية بأثر رجعى من تاريخ ابرام العقد » محمد المرسى زهرة ، بيع المبانى تحت الانشاء ، ١٩٨٧ ، ص٦٤٠.

Dagot M., La Vente d'immeuble `a construire, Litec, 1983, P.105.

(٤) السنهورى جـ ٤ ص٢٢٥

H., L. et Mazead, op. cit, n. 923

ويسمى بالفرنسية Location- Vente

Thuillier Hugues, Location-Vente, Encyclopédie Dalloz Civil, VI .

يظهر البائع ، فى هذا الاتفاق ، كالمؤجر . ويبدو المشترى كالمستأجر . يتراضى الطرفان على انتقال الشىء محل التعاقد الى المستأجر ( المشترى) مباشرة للانتفاع به ، ويحتفظ البائع بملكيته حتى يستوفى الثمن المؤجل او المقسط كاملاً . وتوصف الاقساط المستحقة بانها أجرة وليست ثمناً . يتفق المتعاقدان على انتقال ملكية العين الى المستأجر تلقائياً بمجرد وفائه لكل الاقساط المحددة كثمن للمبيع . وحتى يحكم الطرفان ستر البيع يتفقان ، فى بعض الاحيان ، على انه يجوز للمستأجر ، فى نهاية مدة الايجار ، وبعد سداد الاقساط السابقة ، أن يعلن رغبته فى تملك الشىء ويدفع فى سبيل ذلك مبلغاً اضافياً .. ويمثل هذا المبلغ الجزء المتبقى من الثمن بعد الاقساط المدفوعة (١) .

ويجدر الاشارة الى ان البيع الايجارى يتضمن ، غالباً شرطاً مقتضاه ، انه اذا تخلف المستأجر عن الوفاء بأى قسط جاز للمؤجر فسخ العقد واسترداد العين مع الاحتفاظ بما قبضه اما لكونه مقابل انتفاع او تعويضاً عن الفسخ .

**الحكمة منه :** يعد البيع الايجارى وسيلة اتفاقية لضمان حق البائع فى استيفاء الثمن ، فهو طريقة غير مباشرة لاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى حقه قبل المشترى ، ويلجأ اليه البائع بدلاً من شرط الاحتفاظ بالملكية للأسباب الآتية :

**أولاً :** يحتفظ المشترى بالعين بوصفه مستأجر ، ومن ثم يحظر عليه التصرف فيها قبل الوفاء بالثمن المؤجل أو الاقساط المتفق عليها ، واذا خالف هذا الحظر اعتبر تصرفه خيانة أمانة يقع تحت طائلة قانون العقوبات ( م ٣٤١) وتوقع عليه عقوبة التبديد ذلك أن عقد الايجار من عقود الأمانة . ولا يعتبر البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية من هذه العقود ، ومن ثم لا يؤدى تصرف المشترى فى المبيع الى تعرضه

(١) السنهورى جـ ٤ ص٢٢٥ .

للعقوبة المذكورة ، إلا أنه يمكن أن يتعرض للعقوبة الواردة بالمادة ٤٥ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ إذا كنا بصدد بيع بالتقسيط (١) .

ثانياً : يستطيع البائع باعتباره مؤجراً ، عند تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن أو الاقساط المحددة ، فسخ العقد والاحتفاظ بما قبضه بوصفه اجرة استحقها مقابل انتفاع الطرف الآخر بالعين . أما فى البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، فإن البائع يلتزم من حيث المبدأ ، فى حالة الفسخ ، برد ما تقاضاه من ثمن ما لم يتضمن الاتفاق شرطاً صريحاً يستبقى البائع بمقتضاه كل أو بعض ما تم تحصيله على سبيل التعويض عن الفسخ . ويعد هذا الشرط شرطاً جزائياً ومن ثم يخضع ، من حيث تقديره وتناسبه مع الضرر الواقع لتقدير القاضى حيث يستطيع تخفيضه طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ٤٣٠ مدنى (٢) .

ثالثاً : يظل البائع ، بصفته مؤجراً محتفظاً بملكية العين ومن ثم يمكنه استردادها من الطرف الآخر عند عدم وفائه بأقساط الثمن . ويستطيع المؤجر التمسك بحقه كمالك وأن يتذرع بما يخوله من ميزة التقدم والتتبع لكى يحول دون تنفيذ دائنى الطرف الآخر على

---

(١) انظر ما سبق ص ١٨ .

(٢) « تجيز المادة أن يشترط البائع ، فى حالة عدم سداد الاقساط وفسخ البيع تبعاً لذلك ، أن يستبقى الاقساط المدفوعه ( وهى جزء من الثمن ) على سبيل التعويض ، إلا أن المشرع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائى ، وأجاز تخفيضه تطبيقاً للقواعد التى قررت فى هذا الشأن ( م ٢/٣٠٢ من المشروع ) ، حتى يمنع التعسف الذى يقع فى هذه الاحوال . فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الاقساط ، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقى منها ، ويحتفظ بكل الاقساط التى استوفاها ، وفى هذا عنت على المشترى يستطيع القاضى أن يدفعه إذا خفض الشرط الجزائى وقضى بأن يرد للبائع بعض هذه الاقساط . وغنى عن البيان أن البائع يستطيع ، بدلاً من المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضى من المشترى ما بقى فى ذمته من الاقساط » . المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ، مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص٤٩ .

العين واستردادها من التفليسة ، وهو يأمن بذلك افلاس المشترى قبل الوفاء بالثمن (١) . ويمكن للمؤجر ان يتتبع العين فى يد أى شخص كان ما لم يكن يجوز لذلك الشخص أن يحتمى بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية » (٢) .

اما فى حالة شرط الاحتفاظ بالملكية فان البائع لا يمكنه المطالبة بالفسخ واسترداد المبيع ، ولا يكون له سوى حق التقدم فى التفليسة باعتباره دائناً عادياً ذلك ان المبيع يدخل هنا ضمن أصول المفلس ، ولا ينظر القضاء الى مصلحة البائع فى الاسترداد لأن دائنى المشترى عولوا على المبيع الموجود فى حيازته كعنصر من عناصر ضمانهم العام (٣) .

**تكييف العقد :** ثار الخلاف فى الرأى حول تحديد طبيعة العقد موضوع البحث ، خاصة وانه من المقرر ان العبرة فى تكييف العقود هى بحقيقة الواقع والنية المشتركة التى اتجهت اليها ارادة المتعاقدين دون اعتداد بالالفاظ التى استخدماها أو بالتكييف الذى اسبغاه على العقد ، وان التعرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فان التكييف القانونى الصحيح لما قصده المتعاقدان وانزال حكم القانون على العقد هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (٤) .

---

(١) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit Civil , 2ème éd. T.X, n217- Douai, 30 Juillet 1987, R.proc. Coll. 1988. 304.

وإذا هلك الشيء بسبب اجنبى فى يد المشترى ، فإنه يهلك من مال البائع ، السنهورى جـ ٤ ص ٢٢٦ .

(٢) سليمان مرقس ص ١٠٧ . وانظر تفصيل كل ذلك ما يلى ص ١٦٩ .

(٣) انظر فى ذلك ما يلى ص١٠٩ .

(٤) نقض ١٩٦٢/١٢/١٣ المجموعة س١٣ ص١١٤٠ ، نقض ١٩٧٢/٣/٩ المجموعة س٢٣ ص٢٧٦ ، وقد عبرت محكمة النقض عن الخلاف المتقدم =

ذهب اتجاه الى أن مثل هذا العقد يعتبر فى ذات الوقت ايجاراً معلقاً على شرط فاسخ وبيعاً معلقاً على شرط واقف ، وأن الشرط واحد فى العقدين وهو قيام المشترى بالوفاء بجميع الاقساط . فاذا تحقق الشرط بوفاء الاقساط انفسخ الايجار وانتج البيع اثره بأثر رجعى أى تنتقل الملكية الى المشترى من وقت العقد . وقبل تحقق الشرط يكون الايجار نافذاً والبيع موقوفاً . واذا تخلف الشرط لا ينعقد البيع ويعتبر كأن لم يكن منذ البداية ، وينفسخ الايجار مع احتفاظ المؤجر بالاقساط التى حصلها باعتبارها أجرة مستحقة عن مدة الانتفاع المنقضية (١) .

يصعب قبول هذا الاتجاه لأنه يضفي على العقد وصفين متناقضين فى ذات الوقت ، حيث يصعب اعتبار العقد ايجاراً وبيعاً فى آن واحد نظراً لاختلاف طبيعة كل من العقدين والقول بتحول الاتفاق الى بيع أو الى اجارة حسب الظروف يعد أمراً مخالفاً للقواعد العامة فى التعاقد (٢) .

---

- بقولها : ان تكييف العقد هو بيع أو ايجار يتبع فيه قصد المتعاقدين ، وتستخلص محكمة الموضوع هذا القصد مستهدية بنصوص العقد فقضت بأن التكييف القانونى للعقود المصطلح على تسميتها فى فرنسا باسم Location-Vente لا يزال موضع خلاف بين المحاكم والفقهاء . فاذا اعتبر قاضى الموضوع عقداً من هذا القبيل عقد بيع ، مستهدياً فى ذلك بنصوص العقد ومستظهراً منها حقيقة قصد المتعاقدين وقت التعاقد بحيث لم يقع منه تحيف لأى نص من نصوصه ولا مسخ لحكم من احكامه ، بل كل ما فعل انما هو تغليب لمعنى من المعانى الواردة به على معنى آخر ، فإن محكمة النقض لا تستطيع سوى اقرار ما ذهب اليه ( نقض جنائى ١٩٣٤/٥/٢١ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٠٦ ) .

(١) بنى مزار الجزئية ١٩٣٩/١١/٨ المحاماة س ٢٠ ص١٠٣٢ ، استئناف مختلط ١٩١٣/٤/٣٠ م٢٥ ص٣٥٠ - ١٩١٦/٤/٢٦ م ٢٨ ص٢٧٨.

(٢) اسماعيل غانم ص ٣٥ ، منصور مصطفى منصور ص٢٢.

H., L., J Mazeaud, op. cit , n 923- Ripert et Roblat, Traité, - elementaire de droit Commercial, 7[eme] éd. T.1n.2519.

يرى الفقه الفرنسي فى البيع الايجارى أنه ايجار مقترن بوعد البيع ، هذا الوعد قد يكون ملزماً للجانبين : للمؤجر والمستأجر . وقد يكون ملزماً لجانب واحد هو المؤجر حيث يجوز للمستأجر أن يبدى رغبته فى شراء العين المؤجرة خلال مدة الايجار . فالمؤجر يظل مالكاً للعين طوال مدة الايجار والى أن يعلن المستأجر رغبته فى تملكها (١) .

ينبغى التفرقة ، فى الواقع ، بين البيع الايجارى والايجار المقترن بوعد بالبيع ، ذلك ان الأول تتجه فيه ارادة الاطراف حقيقة الى البيع منذ البداية ومن ثم تكون الاجرة المعلنة هى فى حقيقتها اقساط الثمن التى تتناسب مع قيمة العين (٢) ، وبالوفاء بالاقساط ( التى قد يضاف اليها مبلغ رمزى ) تنتقل ملكيتها الى المستأجر ( المشترى ) منذ بداية العقد . أما بالنسبة للايجار المقترن بوعد بالبيع فاننا نكون بصدد ايجار ابتداء وبيع انتهاء فى حالة ابداء المستأجر رغبة فى الشراء . وتنتقل الملكية اليه من وقت ظهور الرغبة وليس بأثر رجعى من وقت الايجار (٣) .

---

(١) Ripert et Bounalger, op. cit, n. 2436

Thuillion, Location-Vente, Encyclopedie Dalloz Civil, 111, n. 12

Roderie et Rives-Lange , Droit bancaire, Paris 1980, P. 411 note 2.

(٢) وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه اذا وصف عقد بأنه تأجير سيارة مع خيار للمستأجر فى مشتراها ونص فيه على أن يدفع للمستأجر نصف الأجرة مقدماً والنصف الباقى مقسطاً الى مواعيد معينة بحيث يكون للمستأجر عند انتهاء مدة الاجارة ودفع باقى الاقساط المتفق عليها ان يختار شراء السيارة بثمن محدد ، فان هذا العقد يعتبر مخفياً بيعاً اذا تبين أن الاجرة المبينة به لا تتناسب مطلقاً مع الخدمات التى قد تؤديها السيارة للمستأجر المذكور وانها فى الواقع ليست الا اقساطاً من ثمن للبيع وان الثمن المحدد فى الوعد بالبيع ثمن لا يتناسب مطلقاً مع قيمة المبيع بحيث لا يمكن اعتباره ثمناً حقيقياً ( استئناف مختلط ١٩/٢/١٩٣٠ المحاماة س ١١ ص٧٦٩) .

(٣) السنهورى . جـ ٤ ص٢٣٠ ، وانظر اشارته الى الخلاف حول تكييف العقد ص ٢٢٧ هامش ١

Lancereau P. les Contrats de la location Vente et de location assortie d'une ..promesse de Vente et la loi du 14 Juill. 1979, R.d. Immob. 1980.22

وقد أحسن المشرع المصرى بحسمه الخلاف فى هذه المسألة بنص صريح حيث قضى فى المادة ٤/٤٣٠ بأن أحكام البيع بالتقسيط تسرى على العقد ولو سمى المتعاقدات البيع ايجاراً . وعلى ذلك فان البيع ينعقد باتاً لا موقوفاً على شرط ويرتب ، من حيث المبدأ آثاره كاملة .

يتمثل جانب الائتمان فى البيع الايجارى فى تأجيل الثمن من جهة وتعليق انتقال الملكية على هذا الوفاء من جهة أخرى . وبالوفاء بالثمن تنتقل الملكية الى المشترى بأثر رجعى أى منذ ابرام البيع . وهكذا يعتبر البيع الايجارى ، من حيث الاصل ، بيعاً بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية ، ما لم تتجه بوضوح ارادة الاطراف الى ابرام عقد ايجار حقيقة وفعلاً ، مع اقتران هذا العقد بوعد بالبيع يرخص للمستأجر الحق فى تملك العين المؤجرة اذا ما رغب فى ذلك . ويخضع هذا العقد لأحكام الايجار دون البيع ولا ينسحب عليه حكم الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ (١) .

## ٥- التأجير الائتمانى (٢) :

يعد عقد التأجير الائتمانى أحد الوسائل الحديثة لمنح الائتمان ، فهو وسيلة تمويل مستحدثة احتلت مكانة مرموقة فى الاسواق المالية لامداد المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والادوات اللازمة .

---

(١) ابراهيم دسوقى أبو الليل ص ٣١٦ ، ويفضل الفقيه تسمية العقد الاخير بالايجار البيعى وليس بيعاً ايجارياً حيث ان الايجار يكون مقصوداً أصلاً من الطرفين إلا انه يمكن ان يتحول الى بيع بناء على رغبة المستأجر .

(٢) ويطلق عليه بالفرنسية Credit-bail ، وبالانجليزية Leasing وقد بدأ ظهور هذا العقد فى الولايات المتحدة ، ودرج استعمال اللفظ الاخير نظراً لصعوبة ترجمته .

Champaud, La loi du 2 Juill. 1966 sur le Crédit-bail, J.C.P. 1966.1.2021.

وتجرى دراسته فى الفقه العربى تحت مسمى التأجير التمويلى او الايجار الائتمانى . هانى دويدار . دروس فى العقود التجارية والعمليات المصرفية ، الاسكندرية ١٩٩١ ص١١١.

ويتمثل فى اتفاق تقوم بمقتضاه مؤسسة مالية بشراء أموال معينة ، عقار أو منقول ، ويغلب أن تكون تجهيزات وأدوات ، ثم تقوم بتأجيرها للمستفيد نظير أجرة دورية على أن يكون له الخيار عند نهاية مدة الايجار بين تملكها مقابل ثمن معين أو اعادة استئجارها أو ردها الى الموسسة الممولة (١) .

ويتم ذلك عملاً فى أن صاحب عمل يكون فى حاجة الى منقول أو عقار لاستغلاله فى مشروعه لكنه لا يمتلك رأس المال اللازم لشرائه أو لا يرغب فى تجميد رأس المال لهذا الغرض ، فيتوجه الى مؤسسة مالية متخصصة لتمويل العملية . يقوم صاحب العمل بنفسه ، بعد توقيع عقد التأجير الائتمانى ، باختيار الشىء موضوع العقد ، وتقوم المؤسسة المالية بالدفع وتظل محتفظة بملكية الشىء ويستفيد صاحب العمل منه بوصفه مستأجراً له لفترة طويلة نسبياً مقابل أجرة معينة . ويكون المستأجر ، فى نهاية الفترة بالخيار بين أمور ثلاثة : رد الشىء ، تجديد استئجاره ، شراءه بثمن محدد يراعى فيه المبالغ التى تم دفعها كأقساط ايجار . يتضح من ذلك أن عملية التأجير التمويلى تنطوى على جوانب ثلاثة : تمويل عملية شراء الشىء ، الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان ، الانتفاع به .

أطراف هذا الاتفاق ، فى الاصل ، ثلاثة : الشركة المؤجرة اى المالكة التى تقوم بشراء الاشياء ، البائع أو المورد أو الصانع لها ، المستأجر الذى يقوم باستغلالها . ويمكن أن تنطوى العملية على أربعة أطراف : مؤسسة مالية تقوم بتمويل شراء الشىء محل العقد لصالح المؤجر الذى يقوم بتأجيره ، أى اننا بصدد ممول ، مالك مؤجر ( مشترى) ، بائع ، مستأجر (٢) . ويمكن أن تنطوى العملية على

---

(١) Calais-Auloy, Encyclopedie Dalloz Commercial, Credit-bail, leasing, 11,1981, n. 5

(٢) Dérruppé J., De la fiducie au Crédit-bail ,P.u.F. 1983, P. 52.

طرفين فقط وذلك فى حالة ما اذا كان الشىء محل العقد مملوكاً لنفس المؤجر (١) ، أو فى حالة تخلى المشروع عن جزء من رأسماله العقارى ببيعه لمؤسسة مالية ثم يعود فيستأجره منها مباشرة (٢) .

لعل الطابع المالى هو السمة المميزة للتأجير الائتمانى حيث تقوم مؤسسات مالية متخصصة فى تمويل شراء أجهزة ومعدات لازمة للاستغلال التجارى والمهنى ، فالمستأجر المستفيد من هذه الاشياء يحصل على تمويل كامل لاستثماراته دون حاجة الى اللجوء الى القروض أو تعطيل جزء من رأسماله مما يسمح له بالتوسع فى مجال نشاطه واستثماراته . يعد الاتفاق المذكور وسيلة من وسائل الائتمان الحديثة نظراً لما ينطوى عليه من طبيعة تمويلية حيث يرتكز فى جوهره على تمويل عملية الشراء على سبيل الائتمان (٣) .

ويضاف الى الجانب المالى الجانب القانونى المتمثل فى عملية شراء الشىء وتمكين الغير من استعماله مع الاحتفاظ بملكيته على سبيل الضمان ، حيث نوجد أمام عملية قانونية مركبة من عدة عمليات فى آن واحد : ١- الشراء بقصد التأجير ، حيث يقوم المؤجر بشراء التجهيزات والمعدات محل الايجار (٤) من المورد أو الصانع .

---

(١) ويسمى ذلك بـ Leasing adossé

(٢) ويسمى ذلك بـ Lease-back

انظر فى تلك الصور :

M. Cabrillac, Encyclopedie Dalloz Civil, 111, 1982, n.22

(٣) هانى دويدار ، رسالة :

Du déséquilibre des prestations dans la convention de Crédit-bail, thèse, Bordeaux, 1990

(٤) فالأصل ان هذه الاشياء لا تكون مملوكة للمؤجر ، بل ويحدث احياناً أن تكون مملوكة اصلاً للمستأجر الذى يبيعها للمؤجر ثم يستأجرها منه أى انه يجمع بين صفتى البائع والمستأجر معاً . وتسمى هذه الصورة الاخيرة Lease Back، ويطلق عليها بالفرنسية Cession-bail

Parleanig, Le Contrat de Lease-back, R.T.D. Com. 1973.699.

٢- الوكالة ، حيث يوكل المؤجر المستأجر فى القيام بشراء الاشياء محل الايجارعلى كافة عناصرها من نوع وكمية وغير ذلك . فالمستأجر هو الذى يقوم بتحديد هذه الاشياء وفقاً لاحتياجاته ، ومن ثم فهو الذى يقوم ، كفنى متخصص ، بالتعاقد مع البائع لحساب المؤجر المشترى الذى يقوم بتمويل العقد . ٣- الايجار ، حيث يتم تأجير الاشياء المشتراه الى المستأجر لاستغلالها فى تجارته أو مهنته . ويتميز الايجار هنا عن الايجار العادى بسمتين أساسيتين (١) : الأولى ارتفاع الاجرة نسبياً لأنه يراعى فى تحديدها تغطية تكاليف الشراء وعائد مناسب للممول . الثانية ، تحمل المستأجر كافة الاخطار التى تتعرض لها الاشياء والتجهيزات المسلمة له (٢) . ٤- وعد منفرد بالبيع أو باعادة التأجير فى نهاية مدة الايجار ، حيث يتضمن الاتفاق وعداً للمستأجر ، اذا أعلن عن رغبته ، بتملك الاشياء محل العقد أو باعادة استئجارها . فهو بالخيار بين الشراء أو الاستئجار أو الرد (٣) .

---

(١) والواقع انه ، أمام السمة المكملة لمجمل القواعد المنظمة لعقد الايجار ، تقوم الشركة الممولة « باستبعاد الاحكام التى تتعارض مع الطبيعة المالية لتدخلها مثل تحملها بصيانة المنقول او ضمانها لعيوبه ، كما تستطيع أن تضمن العقد من الشروط ما تستلزمه اية عملية ائتمانية من تقرير الاعتبار الشخصى للعقد والتوصل الى نتيجة تقترب من سقوط الاجل فى حالة امتناع المستفيد عن الوفاء بقسط من اقساط « الاجرة » .

هانى دويدار ، دروس ..... ص١٢٣.

(٢) ابراهيم دسوقى أبو الليل ص٣٨ . وذلك بخلاف الحال فى الايجار العادى حيث يتحمل المؤجر ، كقاعدة عامه ، تبعة هلاك العين المؤجرة (م ٥٦٩ مدنى ) . واذا كان الهلاك بخطأ المستأجر او الغير امكن مطالبة المسئول بالتعويض ، السنهورى ، الوسيط جـ ٦ ، فقرة ٣٣٣.

(٣) ويضيف البعض الى العمليات القانونية الاربع التى يتكون منها التأجير الائتمانى عملية خامسة هى الوعد التبادلى بالايجار الذى يقيد المؤجر بشراء مال معين .

Champaud, op. cit. n.3

ويرى البعض اننا أمام عمليات قانونية ثلاث وهى : الشراء بقصد التأجير ، الايجار ، مكنة الشراء أو التملك من قبل المستأجر .

Cabrillac, op. cit., n. 10.

ولا يعنى احتواء التأجير الائتمانى لتلك العمليات القانونية تقسيمه أو تجزئته ، بل اننا بصدد عملية قانونية مركبة من عدة عمليات تقليدية تكون فى مجموعها تصرفاً قانونياً واحداً غير قابل للتجزئة ومستقلاً بذاته عن كل من الاعمال القانونية المكونة له (١) .

ويختلف الرأى حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد ، فهناك اتجاه يحبذ نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان (٢) ، واتجاه آخر يؤكد الطبيعة الذاتية والخاصة للعقد موضوع البحث (٣) ، واتجاه ثالث يرى اننا أمام احدى صور البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية (٤) . واتجاه رابع يرى أننا أمام عقد ايجار مقترن بوعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو الممول (٥) .

ودون الدخول فى ذلك الجدل يهمنا التركيز على الطبيعة الائتمانية للعقد موضوع البحث ، حيث يحتفظ المالك بملكية الاشياء المؤجرة على سبيل الضمان ، فالملكية تؤمن حق الممول فى استرداد المبلغ الذى دفعه فى تمويل عملية الحصول على الشىء محل التعاقد ، وعلى ذلك فان شرط الاحتفاظ بالملكية ، وإن لم يظهر صراحة فى هذا الاتفاق ، الا أنه يستتر خلاله وراء فكرة الايجار ، ويلعب دوراً حاسماً فى قيامه وتحقيق أهدافه . فالتأجير الائتمانى يعد ، فى جانب منه ، تعبيراً مقنعاً عن شرط الاحتفاظ بالملكية . يظل المؤجر مالكاً للأشياء

---

(١) نفس المرجع

ونفس الاتجاه لدى ابراهيم دسوقى أبو الليل ص٣٦.

(٢) Calon, La location de biens d'équibement ou leasing, D. 1964, P. 97.

(٣) Massin, Le leasing dénommé Crédit-bail, R. de juris. Commerciale, journal des agrées, 1972. 35.

(٤) Derruppe, Droit Commercial, Bordeaux, 1982, P.272.

(٥) انظر فى عرض ذلك الخلاف والمراجع المشار اليها ، هانى دويدار ، الرسالة السابقة ص٢٢٥.

المؤجرة طوال مدة الايجار (١) ، ويكون له ، بالتالى ، الحق فى استردادها من تفليسة المستأجر (٢) . ولا يجوز للأخير التصرف فيها وإلا اعتبر مبدداً ومرتكباً لجريمة خيانة الامانة .

---

(١) وإذا اختار المستأجر تملك الشيء فى نهاية مدة الاتفاق ، فان الملكية تنتقل اليه من تاريخ اعلان رغبته وذلك بخلاف الحال بالنسبة للبيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حيث تنتقل الملكية فيه بقوة القانون بمجرد سداد الاقساط وبأثر رجعى دون حاجة الى اعلان ارادى من جانب المشترى .

(٢) وبذلك يكون مركز المالك المؤجر ، فى مواجهة جماعة الدائنين ، أقوى من مركزه كبائع يحتفظ بملكية المبيع على سبيل الضمان ، حيث يرفض القضاء المصرى الاعتداد بالشرط المذكور ويفضل اعتبار المبيع أحد أصول المشترى المفلس . انظر ما يلى ص ١٠٩.

## المبحث الثانى

## ضمانات البائع في استيفاء الثمن

ان شرط الاحتفاظ بالملكية ضمانة اتفاقية يحصل عليها البائع لاستيفاء حقه فى الثمن المؤجل أو ما تبقى منه . يتعين علينا قبل التعرض لدراسته بيان الضمانات الاخرى التى يتمتع بها البائع فى هذا المقام . فالبائع يمكن أن يواجه بتقاعس المشترى عن السداد من جهة ويمكن أن يتعرض لمخاطر اعساره من جهة أخرى . لذا يثور التساؤل حول معرفة الضمانات التى يكفلها النظام القانونى لتأمين حق البائع وبيان أوجه القصور فيها التى أدت الى تفتق العمل عن الكثير من الضمانات الاتفاقية البديلة لتقوية الائتمان الذى يمنحه البائع للمشترى . ولا شك أن ذلك كفيل بالقاء الضوء على ماهية الشرط موضوع البحث وبيان مكانته بين الأنظمة القانونية المختلفة .

نعرض لكل من نوعى الضمانات : القانونية والاتفاقية فى مطلب مستقل . وينبغى الاشارة الى أن دراستنا للضمانات المذكورة يقتصر على بيان مجرد مضمونها ودورها فى تقوية حق البائع ومدى كفايتها لاداء ذلك الدور .

### المطلب الأول

### الضمانات القانونية لحق البائع في الثمن

اذا أخل المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن كان للبائع ، طبقاً للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين ، الحق فى حبس المبيع ، اذا كان لم يسلمه ، حتى يستوفى الثمن . ويمكنه المطالبة بفسخ البيع واسترداد المبيع . ويستطيع البائع ، بدلاً من ذلك ، الزام المشترى باداء الثمن من خلال التنفيذ الجبرى على امواله ، وقد خوله المشرع ، فى هذا الصدد ، ميزة التقدم على الدائنين فى استيفاء الثمن من حصيلة بيع المبيع .

.. يتضح من ذلك ان الضمانات التى يخولها القانون للبائع لاستيفاء حقه فى الثمن تتمثل فى الحق فى الحبس ، الفسخ واسترداد المبيع ، التنفيذ على أموال المدين ، حق الامتياز الذى يعد ضمانة خاصة بالبائع ، بينما تعد الضمانات الاخرى مجرد تطبيق للقواعد العامة .

## (أ) الحق فى حبس المبيع

تنص المادة ٤٥٩ مدنى على أنه « ١- اذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة . هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلاً بعد البيع . ٢- وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الاجل المشترط لدفع الثمن اذا سقط حق المشترى فى الاجل طبقاً للمادة ٢٧٣» .

يقرر النص لحقية البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق الاداء . ويعد هذا الحق مجرد تطبيق للقواعد العامة فى العقود الملزمة للجانبين حيث يقضى مبدأ حسن النية بأحقية المتعاقد فى الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ، وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ (١) .

يظل حق البائع فى حبس المبيع قائماً الى أن يستوف كامل الثمن وملحقاته المستحقة ، فالحق فى الحبس لا يتجزأ ومن ثم لا يجوز للمشترى المطالبة بتسليم بعض المبيع مقابل الجزء الذى تم سداده من الثمن (٢) . ولا يسقط الحق فى الحبس حتى لو قدم المشترى رهناً

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان المادة ١٦١ مدنى خولت للمتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين حقاً فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به وهذا الحق – وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ – إن هو الا الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين . نقض ١٩٦٥/١١/١١ المجموعة س١٦ ص١٠١٨.

(٢) السنهورى جـ ٤ ص ١٠٢٦.

أو كفالة لأن البائع يطلب حقاً واجب الوفاء فى الحال (١) . ينقضى الحق فى الحبس بنزول البائع عنه صراحة أو ضمناً ، كما لو قام بتسليم المبيع مختاراً الى المشترى أو منحه أجلاً للسداد (٢) .

هل يعد الحق فى الحبس وسيلة فعالة لضمان حق البائع فى الثمن ؟ يصعب التسليم بفاعلية ذلك الحق فى تحقيق الغاية المذكورة للأسباب الآتية :

**أولاً** : ان المجال الطبيعى الذى يمكن للحق فى الحبس أن يلعب فيه دوراً فعالاً هو البيع المنجز ، حيث يجوز للبائع الامتناع عن تسليم المبيع بالمقابل لتقاعس المشترى عن دفع الثمن الواجب الاداء . مفاد ذلك أن الحق فى الحبس يتقرر فى حالة ما اذا كان دفع الثمن واجباً وقت تسليم المبيع أو فى حالة استحقاق الثمن قبل حلول موعد التسليم .

وبناء عليه ينعدم دور الحق فى الحبس فى البيع الائتمانى الذى يكون الثمن فيه مؤجلاً الى وقت لاحق على موعد تسليم المبيع ، وهذا هو الفرض موضوع البحث ، ومن ثم لا يستطيع البائع حبس المبيع فى البيع مؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط (٣) . ومن المتصور ، مع ذلك ، ممارسة الحق فى الحبس فى ذلك النوع من البيوع فى حالتين : الأولى ، اذا كان الالتزام بتسليم المبيع مؤجل الوفاء هو الآخر بحيث

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣، ١٥٤.

(٢) تنص المادة ٢٤٨ مدنى على أنه « ١- ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىء من يد حائزه أو محرزه ، ٢- ومع ذلك يجوز لحابس الشىء ، اذا خرج الشىء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشىء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » .

(٣) ذلك أن الالتزام بالتسليم واجب الوفاء فور ابرام العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف ( م ٤٦٣ مدنى ) .

يحل موعده مع حلول اجل الثمن أو بعد ذلك . الثانية ، سقوط الاجل المقرر للمشترى لدفع الثمن طبقاً للمادة ٢٧٣ مدنى (١) .

**ثانياً** : يرتبط الحق فى الحبس بوجود المبيع فى يد البائع بينما يتمثل الفرض موضوع البحث فى تسليم البائع المبيع الى المشترى دون أن يستوف كل أو بعض الثمن ، ومن ثم فهو يتعرض لمخاطر عدم الوفاء ويريد بذلك الضمانة التى تؤمنه اخلال المشترى بالتزامه ، ولا يجدى الحق فى الحبس فى هذا المجال نظراً لأن البائع لا يستطيع استرداد المبيع لحبسه ولو لم يستوف الثمن المستحق . وليس للبائع أن يحبس المبيع حتى لو رجع اليه بطريق أخر ، كاعادة الآلة الى البائع لاصلاحها (٢) .

**ثالثاً** : ان الحق فى حبس المبيع لا يمنع انتقال ملكيته الى المشترى طبقاً للقواعد العامة ، حيث يمكنه التصرف فى الشىء المحبوس سواء بالبيع أو بترتيب أى حق عينى أخر كالرهن والانتفاع والارتفاق . وتسرى هذه الحقوق فى مواجهة الحابس اذا تم شهرها قبل ثبوت الحق فى الحبس المتعلق بالعقار ، أما اذا كنا بصدد منقول فان الحابس يمكنه الاحتجاج بحقه قبل الكافة طالما كان حسن النية (٣) .

ومن المقرر ان مجرد الحق فى حبس الشىء لا يثبت حق امتياز

---

(١) وطبقاً لذلك النص يسقط حق المشترى فى الاجل إذا شهر افلاسه أو اعساره ، و إذا اضعف بفعله الى حد كبير ما أعطى البائع من تأمين خاص ، أو إذا لم يقدم للبائع ماوعد فى العقد بتقديمه من تأمينات .

رافت محمد احمد حماد ، الحق فى الحبس كوسيلة للضمان ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ص ٢١٨.

(٢) السنهورى جـ ٤ فقرة ٤٠٤.

(٣) جلال على العدوى ، رابطة الالتزام ١٩٨٧ ص١٤٥.

مصطفى الجمال ، احكام الالتزام ١٩٩٠ ص٣٦٢.

عليه ( م ٢٤٧ مدنى ) ، ومن ثم لا يستطيع البائع كحابس التنفيذ على العين المحبوسة بحقه الا كدائن عادى يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين ، وليس له الامتناع عن تسليم الشيء على من يرسو عليه المزاد لان مباشرته اجراءات التنفيذ على المبيع تفيد نزوله عن حقه فى الحبس واستعداده لتسليمه . أما اذا باشر التنفيذ دائن أخر كان للحابس الامتناع عن تسليم الشيء الى الراسى عليه المزاد حتى يستوفى حقه كاملاً (١) . وليس للبائع الحابس التنفيذ على المبيع اذا تصرف فيه المشترى أثناء فترة الحبس لأن الشيء يكون قد خرج من ملك المدين أى من الضمان العام للدائنين ، وليس للدائن حق تتبع الشيء وكل ماله هو الامتناع عن تسليمه الى المتصرف اليه حتى يقتضى حقه (٢) .

يتضح مما سبق أن الحق فى الحبس لا يعطى البائع أفضلية قانونية فى استيفاء حقه من المشترى وبالأولوية على الدائنين الآخرين . حقاً أن الحابس يوجد من الناحية الواقعية فى مركز يمكنه من استيفاء حقه ، إلا أن الامر يتطلب توافر شروط الحق فى الحبس من جهة ، ويلقى من جهة أخرى ، على عاتق الحابس الكثير فيما يتعلق بالمحافظة على العين وصيانتها (٣) . استتبع ذلك ضرورة البحث عن ضمانات أخرى لحق البائع فى الثمن وبصفة خاصة فى البيع مؤجل الثمن .

---

(١) عبد المنعم البدراوى ، أحكام الالتزام ص١٩٦. فتحى عبد الرحيم ، أحكام الالتزام ، ص ١٥٧.

(٢) محمود جمال الدين ذكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ١٩٧٨ ص٨٢٤.

(٣) Catala N, Franjou, De la nature juridique du droit de retention, R.T.D.Civ.

## (ب) فسخ البيع واسترداد المبيع

اذا أخل المشترى بالتزامه بدفع الثمن المستحق عليه جاز للبائع ان يطلب فسخ البيع واسترداد المبيع . وللتعرف على مضمون هذا الحق نعرض لحكم القواعد العامه فى هذا المقام ، ثم نبين الاحكام الخاصة بفسخ المنقول ، ونستتبع ذلك بالتساؤل عن مدى فعالية الفسخ فى ضمان حق البائع فى استيفاء الثمن .

### حكم القواعد العامه :

تقضى المادة ١٥٧ مدنى بأنه « ١- فى العقود الملزمة للجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض . ٢- ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة الى الالتزام فى جملته » .

وبتطبيق النص على عقد البيع يجوز للقاضى أن يحكم بالفسخ اذا طلب البائع ذلك فى حالة تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن رغم اعذاره وبشرط أن يكون البائع قد قام بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو مستعداً للقيام بها . يتمتع القاضى بسلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ أو رفضه مع الاكتفاء بالتعويض ومنح المدين مهلة للوفاء (١) . ويكون الحكم الصادر بالفسخ منشئاً لا كاشفاً .

وتنص المادة ١٥٨ مدنى على أنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، دون حاجة الى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان على الاعفاء منه » .

---

(١) نقض ١٩٧٢/١٠/٢٦ المجموعة س٢٣ ص١٢٢٠.

يتضح من النص أنه يجوز للأطراف الاتفاق على الفسخ فى العقد وهو ما يسمى بالشرط الفاسخ الصريح (١) . وهذا الشرط يجرد القاضى من سلطته التقديرية فى الحكم بالفسخ ولكنه لا يعفى البائع من اعذار المشترى الا اذا اتفق صراحة على عدم الحاجة الى الاعذار (٢) . ويلزم الالتجاء الى المحكمة للحكم بالفسخ ، ما لم يتفق صراحة على اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد انقضاء الاجل المحدد للوفاء دون حاجة الى رفع دعوى الفسخ (٣) ، وفى حالة المنازعة فى تحقق الشرط (٤) يتم رفع دعوى الفسخ ويكون حكم المحكمة مقرراً له لا منشئاً .

---

(١) انظر فى ذلك بحثنا « دور القاضى ازاء الشرط الصريح الفاسخ » .

(٢) وتقرر محكمة النقض بأن النص فى العقد على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة الى تنبيه بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد ، يقوم مقام النص على الشرط الفاسخ الصريح بلفظه ، ولا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى اخذت به ( نقض ١٩٨٦/٥/٢٧ ) طعن رقم ١٩ س٥٢ق ( مجلة القضاة ، السابقة ، ص١٤٠).

فالقانون لم يشترط الفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح ( نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ مجموعة عمره ص٦٨٨) .

(٣) وتقرر محكمة النقض بأن الشرط الفاسخ الصريح لا يقتضى الفسخ حتماً بمجرد حصول الاخلال بالالتزام إلا اذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه ( نقض ١٩٧٣/١/٩ المجموعة س٢٤ ص٤٩).

(٤) وتقرر محكمة النقض بأنه وان كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون تنبيه أو انذار عند تخلف المشترى عن سداد قسط من اقساط باقى الثمن فى ميعاده من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، إلا أن ذلك ، منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقى ووجوب اعماله ، ذلك أن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد ، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون اعماله ، فإن تبين له أن الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو كان امتناع المدين مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ، ولا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى ( نقض ١٩٧٥/٤/٩ المجموعة س٢٦ ص٧٨٧).

وتنص المادة ١٦٠ مدنى على أنه « اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » . مفاد ذلك أنه اذا يترتب على فسخ البيع انعدام العقد انعداماً يستند أثره الى الماضى ، فيعتبر كأن لم يكن ، وبهذا يعود المتبايعان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد بعد أن تم فسخه . فالبائع يسترد المبيع وتعود ملكيته اليه ، ويلتزم باعادة ما يكون قد تسلمه من المشترى كجزء من الثمن (١) . واذ اصبح الرد مستحيلاً حكم القاضى بالتعويض عما استحال رده عيناً .

## احكام خاصة بفسخ المنقول :

واذا كانت القواعد العامة السابقة تسرى على كل البيوع الواردة على العقار والمنقول ، فان المشرع خص فسخ بيع المنقول بحكمين أخرين نعرض لهما فيما يلى :

١- تنص المادة ٤٦١ مدنى على أنه « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة الى اعذار ان لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد اذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » .

وضع المشرع هذا النص الذى يعد خروجاً على القواعد العامة لمواجهة الطبيعة الخاصة للمنقولات فى سرعة وسهولة تداولها وتقلب

(١) وللبائع ، بالاضافة الى ذلك ، أن يطالب بالتعويض عما اصابه بسبب تخلف المشترى عن الوفاء بالتزاماته والمصاريف التى تكبدها فى هذا المقام . واذا كان المشترى قد اقام بناءاً على العين المبيعة بانياً بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب أت من جهته ( نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ س٢٨ ص١٨٢١) . والتزام المشترى برد ثمرات العين المبيعة يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن بما مؤداه ان من حق المشترى ان يحبس ما يستحقه البائع فى ذمته من الثمن حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن ( نقض ١٩٧٢/٤/١٨ المجموعة س٢٣ ص٨٢١) .

اسعارها ويبدو ذلك واضحاً فى المسائل التجارية حيث نكون بصدد عروض وسلع وبضائع يريد أصحابها سرعة انهاء المعاملات بشأنها .

يقيم النص قرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها والاتفاق على ما يخالفها . مقتضى هذه القرينة إنه اذا اتفق فى عقد بيع المنقول على موعد لدفع الثمن وتسلم المبيع فان ذلك يكون بمثابة اتفاق على وجود شرط فاسخ صريح فى العقد يترتب عليه فسخ البيع تلقائياً دون حاجة الى اعذار اذا اختار البائع ذلك فى حالة عدم دفع المشترى للثمن فى الميعاد . ويشترط لاعمال هذا الحكم : ١- ان تكون بصدد بيع منقول : سلعة أو بضاعة أو أسهم أو سندات ، ٢- أن يكون هناك اتفاق على ميعاد واحد محدد لدفع الثمن وتسلم البيع ، أما اذا كان ميعاد الثمن مختلف عن ميعاد التسليم فان النص لا ينطبق ، ٣- ان يتمسك البائع بحكم النص فهو مقرر لمصلحته فى حالة تأخر المشترى عن الوفاء بالثمن ، ولكن بشرط الا يكون عدم الدفع مرده تمسك المشترى بحقه فى الحبس نتيجة تقصير البائع فى الوفاء بالتزاماته (١) .

٢- تنص المادة ٣٨٣ تجارى على انه « يجوز استرداد البضائع المرسلة للمفلس المباعة اليه مادامت لم تسلم الى مخازنه ولا مخازن الوكيل بالعمولة المأمور ببيعها على ذمته اذا كان المفلس المذكور لم يدفع ثمنها كله ولو تحررت به منه ورقة تجارية أو دخل فى الحساب الجارى بينه وبين البائع له » .

يتضح من النص انه يجوز للبائع استرداد البضائع (٢) ، التى

---

(١) وتقرر محكمة النقض ان المشرع قد خرج بحكم المادة ٤٦١ على القاعدة العامة القاضية بعدم امكان فسخ العقود الا بعد الاعذار وبحكم من القاضى ما لم يوجد اتفاق صريح على الاعفاء من ذلك واشترط لاعمال هذا النص الاستثنائى ان يكون للبيع من العروض وغيرها من المنقولات وان يكون كل من المبيع والثمن محدداً تحديداً كافياً ومعلوماً للمشترى عند التعاقد ، وأن يتخلف المشترى عن دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه لتسليم المبيع ودفع الثمن ، وان يختار البائع التمسك بانفساخ عقد البيع . نقض ١٩٧٩/١٢/٣١ س٣٠ ص٤٢٣ .

(٢) وهذا الحكم وان كان يخص البضائع إلا انه عام التطبيق بالنسبة لكافة المنقولات المبيعة . ابراهيم دسوقى ابو الليل ص١٤١ .

التى لم تدخل بعد فى حيازة المشترى المفلس ، أو فى حيازة وكيله بالعمولة أى قبل تسليمها الى مخازن أى منهما (١) . اذا كان يم يتم الوفاء بكامل الثمن المحدد لها . ويكفى هنا عدم السداد الجزئى ولو كان ضئيلاً . ولا يعتبر من قبيل الوفاء مجرد تحرير ورقة تجارية بالثمن للبائع طالما لم يتم استيفاء قيمتها بالفعل ، ونفس الحكم اذا تم قيد الثمن فى حساب جار بين البائع والمشترى ذلك أن القيد فى الجانب الدائن للبائع ، أثناء تشغيل الحساب ، لا يعتبر وفاءاً للثمن (٢) .

ويحظر على البائع استرداد البضائع اذا كان المشترى المفلس قد باعها قبل وصولها ، حيث تقضى المادة ٣٨٤ تجارى بأنه « مع ذلك لا يقبل طلب رد البضائع اذا كان المفلس قد باعها قبل وصولها وكان البيع بدون تدليس بناء على قائمتها الدالة على ملكيته لها وتذكرة ارساليتها أو بناء على القائمة المذكورة وتنكرة النقل بشرط أن يكون موضوعاً على كل منهما امضاء المرسل » يتضح من النص أن مشترى البضاعة ، أثناء الطريق ، من المشترى المفلس ، يعتبر حائزاً لها بحيازته لسند ملكيتها ، ويمكنه التمسك بتلك الحيازة فى مواجهة البائع الاصلى اعمالاً للنص المذكور الذى يعد تطبيقاً لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية . ويسرى نفس الحكم ، استناداً الى ذات العلة ، فى حالة ارسال البائع البضائع الى المشترى من المشترى منه المفلس بناء على أمره ، حيث تقضى بذلك المادة ٣٨٥ « يكون الاجراء كذلك فيما يختص بالبضائع المرسلة من طالب الرد بناء على أمر المفلس الى من اشتراها من المفلس المذكور » .

---

(١) وهى فى الطريق.

(٢) محسن شفيق ، القانون التجارى المصرى . جـ ٢ ص٧٨٢ وما بعدها . على البارودى ، القانون التجارى ١٩٦١ ، ص٧٣٤.

ويختلف الفقه فى تأصيل الحق موضوع البحث . يرى البعض ان البائع لا يسترد ملكية البضاعة لانها تكون قد انتقلت الى المشترى بمجرد العقد ، ويتعلق الامر باسترداده لحيازتها من الطريق حتى يمكنه ان يباشر عليها حق الحبس من جديد (١) . بينما يرى البعض الآخر بحق ان الامر يتعلق بحق البائع فى فسخ البيع لعدم وفاء المشترى للفلس بثمن البضاعة التى لم تدخل فى حيازته بالفعل (٢) .

**عدم جدوى الفسخ فى ضمان حق البائع :**

ان حق البائع ، فى حالة عدم وفاء المشترى بالثمن ، فى فسخ العقد واسترداد المبيع لا يشكل ضمانة كافية لاستيفاء حقه فى البيع الائتمانى للاسباب الآتية :

**أولاً :** لا يجوز الحكم باجابة طلب الفسخ واسترداد المبيع الا بعد ثبوت اخلال المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن كلياً او جزئياً ، ويتحقق الاخلال بالنسبة للثمن المستحق الاداء دون الثمن المؤجل او المقسط . ويتضمن البيع بالتقسيط فى الغالب ، شرطاً مؤداه حلول باقى الاقساط فى حالة التخلف عن دفع قسط ، ويكون للبائع الحق فى المطالبة بكل الاقساط ، فاذا استمر المشترى فى عدم الدفع ، جاز المطالبة بفسخ البيع واسترداد المبيع (٣) .

والواقع أن نظام الفسخ لا يتفق مع طبيعة البيع الائتمانى وغايته ، فالبائع يرمى الى تنفيذ العقد لا انحلاله ، تحقيقاً لرواج نشاطه الاقتصادى ، ومن ثم فانه يحرص ما امكن على استيفاء الثمن دون استرداد المبيع . لا شك ان الفسخ يمثل سلاحاً تهديدياً لحمل المشترى

---

(١) Ripert, Durand et Roblot, T.2.L.G.D.j., Paris 1961, P.391.
Rodiere et Oppetit, Droit Commercial, Dalloz, P. 332.

(٢) مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الاسكندرية ١٩٨٥ ص٤٦٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢٠/٤/١٩٤٣ م٥٥ ص١٣٥.

على السداد (١) ، اذا كان راغباً فى الاحتفاظ بالمبيع . إلا أن المشترى المتقاعس ، غالباً ، ما لا تكون لديه تلك الرغبة لسبب أو لآخر ، وهذا ما لا يفضله البائع ، خاصة وأن اعمال الأثر الرجعى للفسخ يتسم بالكثير من المصاعب كما سنرى .

**ثانياً :** ان الفسخ لا يقع ، فى الاصل ، إلا بحكم من القضاء ؛ فالفسخ لا يقع بمجرد تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن ، بل يستوجب الامر عرض الامر على المحكمة ليتبين القاضى مدى الاخلال بالالتزام ويتمتع بسلطة تقديرية فى اجابة طلب الفسخ ، حقاً ان الاطراف يمكنهم تضمين العقد شرطاً صريحاً فاسخاً من شأنه ان يسلب المحكمة كل سلطة فى صدد الفسخ متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له ، الا أن ذلك منوط بأن تكون صياغة الشرط واضحة ولا تثير أى لبس حول مضمونه ومداه (٢) .

**ثالثاً :** ان ملكية المبيع تنتقل ، فى الاصل ، الى المشترى بمجرد التعاقد ويصبح من حقه التصرف فيه مادياً أو قانونياً . يؤدى فسخ البيع الى محو العقد وازالته بأثر رجعى . ويصعب اعمال هذا الاثر ، عملاً ، لتعارض ذلك مع التصرفات التى يكون المشترى قد أجراها على المبيع مما يستوجب ، فى كثير من الحالات ، تحول حق البائع فى الاسترداد الى مجرد التعويض :

١- فقد يتصرف المشترى فى المبيع مادياً باستهلاكه أو بتغيير حالته كتحويل الخشب الى اثاث أو طحن الغلال أو تفصيل القماش الى

---

(١) حيث يجوز له تفادى الفسخ بعرض الثمن قبل الحكم النهائى بفسخ البيع . عبد الحى حجازى ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم القانونية ، ٢ ، ص٢٧ - انظر بحثنا السابق .

(٢) انظر ما سبق ص ٤٤ .

ملابس (١) ، هنا يتعذر اعمال الفسخ وبالتالى الاسترداد ويستعاض عنه بالتعويض .

٢- وقد يتصرف المشترى فى المبيع تصرفاً قانونياً قبل أن يتقرر الفسخ ، فاذا كان المبيع منقولاً وتسلمه المتصرف اليه بحسن نية (٢) ، كان من حقه التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ، ولا يتأثر حقه بالفسخ ولن يتمكن البائع من استرداد المبيع ولا يكون امامه سوى التعويض (٣) .

واذا كان المبيع عقاراً وتصرف فيه المشترى ، فان المتصرف اليه حسن النية يحتج بحقه قبل البائع الاصلى طالما كان قد سجل عقده قبل شهر دعوى الفسخ . مؤدى ذلك ان فسخ بيع العقار لا يسرى فى حق الغير الذى كسب حقاً على هذا العقار بحسن نية وقام بتسجيل حقه قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ . فاذا كان المشترى قد باع العقار وسجل للمشترى الثانى حسن النية عقده قبل تسجيل دعوى الفسخ فان الملكية تبقى له ولا يكون أمام البائع الأول سوى الحق فى التعويض . واذا كان المشترى قد رهن العقار الى دائن حسن النية قام بشهر حقه قبل تسجيل دعوى الفسخ . فان فسخ البيع لا يؤثر على حق الدائن المرتهن وتعود العين الى البائع الاصلى محملة بالرهن (٤) .

---

(١) ولا يعتبر تغيراً لحالة المبيع يحول دون الفسخ أن يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص طالما ظل المنقول محتفظاً بذاتيته المادية ، كالحاق الماشية والآلات بالأرض الزراعية . السنهورى جـ ٤ ص١٠٣٧ هامش ٣ .

(٢) سواء اكان مشترياً أو دائنا مرتهناً رهناً حيازياً .

(٣) Deprez J. Les sanctions de l'inexecution des obligation contractuelles en droit Civil et Commercial français in Trav. de l'assoc. de H. Capitant, T.XVIII,1964.

(٤) وقد طبق المشرع ذلك بصدد المادة ١٠٣١ مدنى حيث تقضى بانه -

وينبغى الاشارة الى أنه بالنسبة للفسخ الناجم عن عدم دفع باقى الثمن ينفذ حكم الفسخ « فى حق الغير ليس من وقت شهر دعوى الفسخ فحسب ، بل من وقت تسجيل عقد البيع اذا كان مذكوراً فيه عدم دفع الثمن كله ، لأن ذكر ذلك فى العقد المسجل يكفى لاحاطة الغير علماً باحتمال تأخر المشترى فى دفع باقى الثمن واحتمال فسخ البيع تبعاً لذلك» (١) .

٣- وبالنسبة لعقود الادارة ، فالأصل ان اعمال الادارة التى يبرمها المشترى على المبيع تظل قائمة لصالح من تعامل معه بحسن نية . ويعد من اعمال الادارة الايجار الذى لا تزيد مدته على ثلاث سنوات ، ويظل سارياً فى مواجهة البائع رغم فسخ البيع واسترداد المبيع (٢) .

رابعاً : يسقط حق البائع فى رفع دعوى الفسخ اذا قام دائنو المشترى بالحجز على العقار المبيع وبيعه بالمزاد العلنى ، حيث يؤدى ذلك الى تطهير العقار من دعوى الفسخ (٣) . لذا يجب على الدائن الحاجز اعلان البائع الذى لم يستوف الثمن حتى يتمكن من ممارسة حقه فى الفسخ ،فاذا اراد البائع أثناء اجراءات التنفيذ رفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن او الفرق ، فعليه أن يرفعها بالطرق المعتادة ويدون ذلك فى ذيل قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر فى

---

- « يبقى لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه او الغاؤه او زواله لأى سبب آخر ، اذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى ابرم فيه الرهن » .

(١) سليمان مرقس ، عقد البيع ، ١٩٩٠ ، ص٦٧٨ .

(٢) م ٥٥٩ ، ٢/٧٠١ مدنى .

(٣) م٤٥٠ مرافعات .

الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل. والا سقط حقه فى الاحتجاج بالفسخ على من حكم بايقاع البيع عليه . واذا رفعت دعوى الفسخ وأثبت ذلك فى ذيل قائمة شروط البيع فى الميعاد السابق وقفت اجراءات التنفيذ على العقار ( م ٤٢٥ مرافعات ).

**خامساً :** يسقط حق البائع ، بصفة عامة ، فى طلب الفسخ بمجرد الحكم بافلاس المشترى أو اعساره (١) ، ولا يكون أمام البائع سوى الدخول فى التفليسة بالثمن حيث يخضع لقسمة الغرماء كأصل عام (٢) ، ويختلف الأمر ، بطبيعة الحال ، اذا كان المبيع لم يسلم بعد للمشترى ، هنا يحتفظ البائع ، الذى لم يستوف الثمن ، بضماناته القانونية ، المتمثلة فى الحبس والاسترداد والامتياز . ويجوز للبائع استرداد المبيع المعين بالذات اذا رفع دعوى الفسخ قبل الافلاس ولو قضى له بالفسخ بعد الحكم بالافلاس (٣) .

## (جـ) امتياز البائع

### الحق فى التنفيذ على اموال المشترى :

ان البائع دائن بالثمن ويمكنه الزام المشترى بالوفاء به وذلك من خلال التنفيذ الجبرى على أمواله . فالبائع ، شأنه فى ذلك شأن باقى

---

(١) تنص المادة ٣٥٤ تجارى على انه « اذا بيعت منقولات لأحد ثم اشهر افلاسه فلا يكون للبائع حق فى الدعوى بفسخ البيع ولا تجوز له اقامة الدعوى بالاسترداد ، وذلك سواء تعلق هذا الاسترداد بالشىء المبيع ذاته أو بثمنه الذى باعه به المفلس ، أو السنديك طالما اختلط هذا الثمن بأموال التفليسة ».

(٢) ذلك لن البضائع الموجودة فى حيازة المشترى تعد عنصراً من عناصر الائتمان الذى اعتمد عليه الدائنون العاديون واعتبروها ضماناً لهم ، فليس من العدل حرمانهم من هذا الضمان الذى خلقه البائع بتسليمه البضاعة الى المشترى قبل استيفاء ثمنها ، لهذا نص المشرع على عدم جواز تمسكه بفسخ البيع واسترداد المبيع « استئناف القاهرة ١٩٥٨/١/٢٨ ، موسوعة جمعة ، رقم ٩٢٧ ).

(٣) وذلك استناداً الى الأثر الرجعى للفسخ ، مصطفى طه ص ٤٦٥.

الدائنين ، يتمتع بحق الضمان العام على جميع أموال المشترى بما فى ذلك الشىء المبيع .

ينطوى هذا الطريق بالنسبة للبائع ، على قدر كبير من المشقة والمخاطرة ، حيث يقتضى الامر منه عناء الدخول فى ساحات القضاء كمدعى يطالب بحقه بغية الحصول على حكم قضائى واجب النفاذ كسند تنفيذى يمكنه من التنفيذ على اموال المشترى . بالاضافة الى بطء وصعوبة تلك الاجراءات يتعرض البائع لمخاطر اعسار أو افلاس المدين والدخول فى قسمة غرماء مع باقى الدائنين . لذا خول المشرع البائع حق امتياز على المبيع لضمان استيفاء الثمن وملحقاته . ونعرض لمضمون هذا الحق ثم نبين مدى جدواه فى ضمان استيفاء البائع لثمن المبيع .

## مضمون امتياز البائع :

الامتياز بصفة عامة هو أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته ( م ١١٣٠ مدنى ) ويخول الامتياز لصاحبه أولوية استيفاء حقه من ثمن المال المحمل به بالأولوية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة ، وله كذلك سلطة تتبع المال محل امتيازه فى أى يد يكون (١) طالما كان هذا الامتياز نافذا فى مواجهة الغير .

اضفى المشرع صفة الامتياز على دين الثمن حيث يكون للبائع أولوية استيفاء حقه من قيمة المبيع ، منقولاً كان أو عقاراً ، على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له فى المرتبة . وقد دعت اعتبارات العدالة الى تقرير امتياز البائع ، فهو الذى ادخل المبيع فى ذمة المشترى دون أن

---

(١) وذلك بالنسبة للامتياز الخاص الذى يرد على مال معين ، اما الامتياز العام الذى يرد على مجموع اموال المدين ، فلا يمنح صاحبه حق التتبع . أنظر فى تفصيل ذلك : عبد الفتاح عبد الباقى ، التأمينات الشخصية والعينية ١٩٥٤ ص٦٧٣.

يستوفى حقه ومن ثم فان السماح للدائنين الآخرين بالحصول على حقوقهم ، من ثمن المبيع ، قبله يعد اثراءاً على حسابه (١) .

جاءت المادة ١١٤٥ لتقرر امتياز بائع المنقول بقولها : « ١- ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على الشيء المبيع ، ويبقى الامتياز قائماً مادام المبيع محتفظاً بذاتيته ، وهذا دون اخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية ، مع مراعاة الاحكام الخاصة بالمواد التجارية . ٢- ويكون هذا الامتياز تالياً فى المرتبة لما تقدم ذكره من حقوق الامتياز الواقعة على منقول ، إلا انه يسرى فى حق المؤجر وصاحب الفندق اذا ثبت أنهما كانا يعلمان به وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق » .

وجاءت المادة ١١٤٧ لتقرر امتياز بائع العقار بقولها : « ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع . ٢- ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلاً ، وتكون مرتبته من وقت القيد » .

يضمن الامتياز الثمن وملحقاته كالفوائد والمصروفات أو المتبقى منه فى ذمة المشترى ، ويستوى أن يكون الثمن حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً . ولا يثبت الامتياز الا بصدد البيع الصحيح الناقل للملكية ، لذلك فهو لا يثبت فى البيع الباطل ، أو لبائع ملك الغير ، أو لبائع الاشياء المثلية قبل فرزها ، أو للبائع الذى يحتفظ بملكية المبيع لحين استيفاء الثمن (٢) .

يرد الامتياز على المبيع ذاته . فاذا كنا بصدد عقار شمل الامتياز ملحقاته كالعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات والثمار التى تلحق به منذ تسجيل تنبيه نزع الملكية . وحق الامتياز لا يقبل

---

(١) عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٦١٩.

(٢) سمير تناغو ، التامينات الشخصية والعينية ، ص ٤٧٣.

التجـزئة ، فهـو يشمل كل المبيع ولو كـان الحق المضمـون هو جزء من الثمن (١) .

**مدى جدوى امتياز البائع فى ضمان حقه :**

ان امتياز البائع لا يؤمن حقه فى الثمن بصورة مطلقة للأسباب الآتية :

**أولاً :** ان امتياز البائع لا يخوله التقدم بصفة مطلقة على سائر الدائنين ، فحق البائع يأتى فى المرتبة بعد حقوق الامتياز العامة (٢) . وتتحدد مرتبة امتياز بائع العقار ، بعد ذلك ، طبقاً لوقت قيده . أما امتياز بائع المنقول فيأتى فى الترتيب بعد كل من (٣) امتياز المصروفات الزراعيه وامتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق (٤) .

**ثانياً :** ان امتياز البائع لا يخوله ، بصفة دائمة ، سلطة تتبع المبيع للتنفيذ عليه ، فقد تنتقل ملكية العقار للبيع الى شخص آخر بموجب سند يطهره من الامتياز ،كنزع ملكيته للمنفعة العامة ، أو بيعه جبراً فى مزاد علنى حيث يترتب على تسجيل حكم مرسى المزاد تطهير العقار من الحقوق التى تثقله (م ٤٥٠ مرافعات ) . وينتقل حق البائع الى التعويض المستحق فى الحالة الأولى والى الثمن الذى رسا به المزاد فى الحالة الثانية . ونفس الحكم فى حالة انتقال حيازة المنقول المبيع الى شخص آخر حسن النية . فالبائع لا يستطيع التمسك بحقه فى مواجهة المشترى الثانى الذى يستند الى مبدأ الحيازة بحسن نية .

---

(١) جمال ذكى ، التأمينات الشخصية والعينية ١٩٧٩ ص٤٦٥.

(٢) مثل امتياز المصروفات القضائية ، والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ، وامتياز ديون النفقة .

(٣) وبعد حقوق الامتياز العامة بطبيعة الحال .

(٤) ولكن البائع يمكنه التمسك بامتيازه فى مواجهة المؤجر وصاحب الفندق اذا ثبت انهما كانا يعلمان بحقه وقت وضع المبيع فى العين المؤجرة أو الفندق .

**ثالثاً :** يفقد البائع حقه فى الامتياز على المنقول المبيع فى حالة هلاكه (١) أو تغيره تغيراً تاماً على نحو يؤدى الى فقد ذاتيته واضاعة معالمه ، كتحول القمح الى دقيق أو خبز وتحول مواد البناء الى مبانى . ويبقى الامتياز اذا كان التغيير لا يؤدى الى انعدام ذاتية المنقول أو ضياع معالمه ، كتحول الخشب الى اثاث ، والقماش الى ملابس ، والحاق المنقول بالعقار ليصبح عقاراً بالتخصيص (٢) . واذا وضع المشترى المنقول فى العين التى يستأجرها أو ضمن امتعته فى فندق ، لا يستطيع البائع التمسك بامتيازه فى مواجهة كل من المؤجر أو صاحب الفندق طالما كانا حسنى النية (٣) .

**رابعاً :** لا يسرى امتياز بائع المنقول الذى انتقلت حيازته الى المشترى المفلس ، فى مواجهة جماعة الدائنين ، ولا يسرى امتياز بائع العقار فى مواجهة جماعة الدائنين الا اذا كان مقيداً قبل صدور الحكم بشهر افلاس المشترى (٤) .

**خامساً :** ان اعمال البائع لحق الامتياز من خلال التنفيذ على المبيع أمر يتطلب الكثير من الجهد والمشقة ، خاصة وأنه يوجد ، غالباً ، فى حيازة المشترى ، مما قد يستوجب اتخاذ اجراءات الحجز التحفظى تفادياً لسوء نية الاخير (٥) .

---

(١) وينتقل الامتياز كقاعدة عامة ، الى مبلغ التعويض أو التأمين المستحق عن هلاك المبيع .

(٢) واذا كان العقار الاصلى مرهوناً ، فان امتياز البائع لا يسرى فى مواجهة الدائن المرتهن حسن النية . السنهورى جـ ١٠ ص٩٩٤ .

(٣) توفيق حسن فرج ، التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨٤ ص٢٩٥.

(٤) محمد سامى مدكور ، على حسن يونس ، الافلاس ١٩٦١ فقرة ٣١١ .

(٥) ابراهيم دسوقى أبو الليل ص١٧٢.

## المطلب الثاني

## الضمانات الاتفاقية لحق البائع في الثمن

يمكن للبائع ، بالاتفاق مع المشترى ، أن يحصل ، بالاضافة الى الضمانات القانونية ، على ضمانات خاصة أخرى يؤمن بها حقه فى استيفاء الثمن المؤجل أو المتبقى منه . وتأخذ الضمانات الاتفاقية فى الحياة العملية ، العديد من الصور أبرزها (١) : التأمينات العينية والشخصية ، الشرط الجزائى والشرط المانع من التصرف ، شرط الاحتفاظ بالملكية .

### (أ) التأمينات العينية والشخصية

#### مضمون التأمينات العينية والشخصية :

يتمتع الدائن بحق الضمان العام على ذمة مدينه ، ويعنى ذلك أن جميع أموال المدين ، الحاضر منها والمستقبل ، تضمن الوفاء بديونه . ويتساوى كل الدائنين فى هذا الضمان ، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون ( م ٢٣٤ مدنى ) .

يحاول الدائن تفادى مخاطر اعسار أو افلاس المدين ، حيث يمكن أن يتعرض حقه للضياع اثر دخوله فى قسمة غرماء مع باقى الدائنين ، بحصوله على ضمانة اتفاقية يقوى بها مركزه القانونى :

١- يمكن للدائن الحصول على سبب من أسباب التقدم القانونية وهى التأمينات العينية التى تتمثل فى تخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن ، حيث يكون له مكنه التقدم فى استيفاء حقه على سائر الدائنين عند توزيع ثمن هذا المال ، وله أيضاً

---

(١) انظر عرض هذه الضمانات وتقسيماتها بالتفصيل : ابراهيم دسوقى أبو الليل ص١٧٣ وما بعدها .

وانظر كذلك :

Legeais, Les garanties Conventionnelles sur Créances, 1986.

حق تتبع المال وإعادته الى ذمة مدينة ليمارس عليه حقه فى التقدم. نظم المشرع التأمينات العينية بنصوص محددة على سبيل الحصر (١) . ينشأ بعضها بالاتفاق كالرهن الرسمى والحيازى ، وينشأ البعض الآخر بنص القانون كحقوق الامتياز . وقد ينشأ التأمين العينى بحكم من القضاء كحق الاختصاص . يرد بعض التأمينات العينية على العقار مثل الرهن الرسمى وحق الاختصاص ، ويرد البعض الاخر على العقار والمنقول كالرهن الحيازى وحقوق الامتياز . لا يشترط ، كقاعدة عامة ، نقل حيازة العين محل التأمين العينى الى الدائن الا فى حالة الرهن الحيازى .

يتمتع البائع ، بوصفه دائناً للمشترى بالثمن ، بحق امتياز ، كما رأينا ، على الشىء المبيع . ويمكن الحصول من القاضى على حق اختصاص على عقار أو أكثر من عقارات المشترى بعد الحصول على حكم واجب النفاذ يلزمه بدفع الثمن . ويستطيع البائع أن يطلب من المشترى ترتيب رهن رسمى أو حيازى على مال معين لضمان الوفاء بالثمن .

٢- ويمكن أن يؤمن الدائن حقه من خلال التأمين الشخصى والذى يتمثل فى التزام شخص أخر مع المدين بالوفاء بالدين . فالدائن يكون أمامه أكثر من مدين بنفس الدين ، فإذا أعسر أحدهم كان يسار الآخر ضامناً الوفاء بحقه . لعل الكفالة (٢) ابرز صورة للتأمين الشخصى . ويوجد الى جانبها أيضاً التضامن وعدم قابلية الدين للانقسام والانابة الناقصة ، حيث يوجد فى هذه الحالات من يلتزم شخصياً بالوفاء بالدين الى جانب المدين الاصلى (٣) .

---

(١) خصص المشرع الكتاب الرابع من القانون المدنى لتلك التأمينات ( المواد ١٠٣٠ : ١١٤٩) .

(٢) بنوعيها : الشخصية أو المصرفية التى قد تأخذ شكل خطاب الضمان أو ضمان الأوراق التجارية بقبولها او بكفالتها . انظر ، على جمال الدين عوض ، عمليات البنوك ١٩٨١، ص٤٨٤ ، ٥١٩.

(٣) انظر فى دراسة هذه الانظمة القانونية المؤلفات العامه فى نظرية الالتزام .

٣- ويمكن ان يلعب التأمين دوراً هاماً فى ضمان حق البائع وذلك من خلال عدة صور ، فقد يلتزم المشترى بالتأمين على حياته بمبلغ يعادل الثمن لصالح البائع يحصل عليه اذا حل بالأول مكروه (١) . وقد يلتزم المشترى بالتأمين على العين المثقلة بالتأمين العينى ( العقار المرهون مثلاً ) حيث يتعلق حق البائع بمبلغ التأمين أو التعويض فى حالة هلاك تلك العين (٢) . وقد يلتزم المشترى بالتأمين على المبيع ذاته بمبلغ يعادل قيمة الثمن المؤجل يحصل عليه البائع عند فقد البيع أو هلاكه (٣) . ويمثل بقاء المبيع اهمية معينة بالنسبة للبائع سواء لأنه يحتفظ بملكيته رغم وجوده فى حيازة المشترى أو لأنه يستطيع استرداده اثر فسخ البيع عند تخلف المشترى عن الوفاء . واخيراً فان التأمين يمكن أن يتخذ صورة تأمين الدين حيث يقوم البائع بالتأمين ضد مخاطر اعسار المشترى أو عدم قيامه بسداد الثمن (٤) .

### جدوى التأمينات العينية والشخصية فى ضمان حق البائع :

لا شك فى أهمية التأمينات السابقة فى ضمان حق البائع فى الثمن ، حيث يضعه التأمين العينى فى مركز متميز عن غيره من الدائنين ويقيه مخاطر اعسار المشترى . وهو ايضاً يتقى تلك المخاطر من خلال كل من التأمين والكفالة ، خاصة اذا كانت مصرفية .

إلا انه ليس من السهل دائماً الحصول على تلك التأمينات حيث يصعب على المدين ، غالباً ، تقديمها سواء لعدم توافرها أو لارتفاع تكلفتها ، فقد لا يجد المشترى كفيلاً يكفله أو مالا يقدمه رهناً . ويشكل

(١) Picard M. et Besson A., Le Contrat d'assurance, 2eme éd., n. 505

(٢) Y.Lambert-Faivre, Droit des Assurances , 7eme éd. P. 331.

(٣) Brière de L'isle g., Droit des Assurances, 1973, P. 262.

(٤) Jacop N. et Le Tourneau ph., Les Assurances , 1974., P.299

التامين عبئاً مالياً على المشترى الذى يكون غالباً فى حاجة كبيرة الى الائتمان .

أضف الى ذلك ما تنطوى عليه الضمانات السابقة من بعض المخاطر والعيوب ، فالتأمينات العينية قد تسبقها حقوق أخرى كحقوق الامتياز العامة والرهون وحقوق الامتياز الخاصة الاسبق فى القيد . يقتضى الرهن الرسمى العديد من الاجراءات القانونية كالقيد والتجديد واجراءات بيع العقار . يلقى الرهن الحيازى على عاتق الدائن عدة التزامات تتعلق بحفظ واستغلال المال المرهون . تتوقف جدوى الكفالة على مدى يسر وملاءة الكفيل الذى قد يتعرض هو الآخر لخطر الاعسار .

## (ب) الشرط الجزائى

الشرط الجزائى هو مبلغ جزافى يقدر به الطرفان مقدماً التعويض المستحق عن الضرر الذى يلحق لحدهما نتيجة خطأ الطرف الآخر ، فهو تقدير اتفاقى للتعويض يتم الاتفاق عليه قبل وقوع الضرر بالفعل ، حيث يتفق المتعاقدان مقدماً على تقدير التعويض الذى يستحقه الدائن فى حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه او التأخير فيه . وتنص المادة ٢٢٣ على ذلك بقولها « يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد او فى اتفاق لاحق» (١) .

واذا كان الشرط الجزائى ، فى الاصل ، هو تقدير اتفاقى مقدم للتعويض ، الا ان الأطراف يلجأون اليه ، احياناً ، كعقوبة مدنية او كجزاء ، بهدف حث المتعاقد على تنفيذ التزامه . فالشرط الجزائى يلعب اساساً ، دوراً تعويضياً بحتاً ، من خلال التحديد المسبق للتعويض عن الضرر المتوقع بسبب الاخلال بالالتزام . ولكن الاطراف يتفقون ، أحياناً ، على مبلغ يفوق قيمة الضرر بهدف تشديد مسئولية المدين . ويقوم الشرط فى هذه الحالة بدور التهديد المالى حيث

---

(١) ويراعى فى هذه الحالة احكام المواد من ٢١٥ الى ٢٢٠ مدنى .

يهدف الى تحذير المدين من الاخلال بالتزامه وتهديده بالجزاء الشديد المشترط لحمله على الوفاء فى الموعد المتفق عليه (١) .

يلجأ المتعاقدان فى البيع الائتمانى ، احياناً الى الشرط الجزائى كوسيلة تأمينية لضمان قيام المدين بتنفيذ التزامه . حيث يتم الاتفاق على مبلغ كبير من المال يلتزم المدين بدفعه فى حالة الاخلال بالالتزام . ولكن فعالية الشرط المذكور ، فى اداء تلك الوظيفة ، تتضاءل أمام السلطة التى يتمتع بها القاضى فى استبعاد تطبيقه أو تخفيضه(٢) ، حيث تقضى المادة ٢٢٤ بأنه « ١- لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أى ضرر ٢- ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض اذا اثبت المدين ان التقدير كان مبالغاً فيه الى درجة كبيرة ، أو ان الالتزام الاصلى قد نفذ فى جزء منه . ٣- ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » .

وقد طبق المشرع تلك المبادىء بصدد البيع بالتقسيط حيث تقضى المادة ٢/٤٣٠ بأنه :« اذا كان الثمن يدفع اقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع اذا لم توف جميع الاقساط . ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤» . وعلى ذلك فان المدين بالاقساط قد لا يعبء بالشرط الجزائى لثقته فى امكانية المطالبة بتخفيض قيمته المبالغ فيها التى تمثل الجانب الضاغط عليه ، خاصة وان سلطة القاضى فى هذا الصدد أمر يتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفق على استبعادها أو الحد منها .

---

(١) جمال ذكى ، الالتزامات ، فقرة ٣٧٧ ، ٣٧٨.

(٢) اضف الى ذلك أن الشرط الجزائى لا يقى الدائن من مخاطر افلاس أو اعسار المدين وتعرضه لمزاحمة سائر الدائنين .

## (جـ) الشرط المانع من التصرف

**مضمون الشرط :**

يمكن ان يشترط البائع عدم تصرف المشترى فى المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن ، وهذا ما يعرف بالشرط المانع من التصرف الذى بمقتضاه يشترط المتصرف على المتصرف اليه ، لباعث مشروع ، عدم التصرف فى الشيء مدة زمنية معقولة .

يقر المشرع الشرط المذكور ، استثناءاً من القواعد العامة التى تقضى بحرية تصرف المالك فى ملكه ، بشرطين : الباعث المشروع ، والمدة المعقولة . وتعبر المادة ٨٢٣ عن ذلك بقولها :« ١- اذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليه أو للغير . ٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو للتصرف اليه أو الغير » .

يتضح من ذلك أن الاتفاق على الشرط المانع من التصرف يكون صحيحاً فى البيع الائتمانى مؤجل الثمن ، حيث لا شك فى مشروعية الباعث الا وهو ضمان استيفاء الثمن وحث المشترى على الوفاء به (١) . ولا شك أيضاً فى أن مدة الشرط تكون معقولة لانها تتمثل فى فترة الوفاء بالاقساط المؤجلة .

**جدوى الشرط فى ضمان حق البائع :**

يمكن أن يلعب الشرط المانع من التصرف بالملكية دوراً هاماً

---

(١) استئناف مختلط ١٩١١/٣/٢م ٢٣ص٢٠٨ وقد اشترط فيه البائع – دون أن يحتفظ بملكية المبيع – الا يتصرف المشترى فى المبيع قبل الوفاء بثمنه ، ما لم يوفى المشترى من المشترى بالثمن ( مشار اليه فى السنهورى جـ ٤ ص٢٢٠ هـ ١) .

فى حفظ وضمان حق البائع فى الثمن نظراً لان يد المشترى تظل مغلولة عن التصرف فى العين حتى يتم الوفاء بكل الثمن ، فهو بذلك يفقد ، مؤقتاً ، اهم عنصر من عناصر حق الملكية ، ويقع كل تصرف مخالف للشرط المانع باطلاً (١) ، ويؤدى ذلك الى حث المشترى على الوفاء بالثمن كى يتمكن من ممارسة مكنات حق الملكية كاملة . أضف الى ذلك أن الشرط المانع من التصرف يؤدى الى بقاء المبيع فى يد المشترى الى حين الوفاء بكل الثمن ، ومن شأن ذلك ضمان فعالية حق البائع فى طلب الفسخ واسترداد المبيع فى حالة التخلف عن الوفاء بالثمن (٢) ، بل ان مخالفة حكم الشرط تخول المتعاقد الذى اشترطه ، فضلاً عن طلب بطلان التصرف المخالف ، الحق فى فسخ العقد الاصلى الوارد فيه الشرط ، متى كان من الشروط الاساسية للتعاقد والتى بدونها ما كان يتم إذ تكون مخالفة المتعاقد الآخر له فى هذه الحالة اخلالاً منه بأحد التزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١/١٥٧ من القانون المدنى، (٣) .

ويمكن ان يعاب ، مع ذلك ، على الشرط المانع من التصرف أنه لا يقدم ضمانات عينية أو شخصية مباشرة للبائع تضمن له استيفاء حقه

---

(١) تنص المادة ٨٢٤ على أنه « اذا كان شرط المنع من التصرف الوارد فى العقد او الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً » . ويختلف الرأى حول طبيعة هذا البطلان بين قائل بالبطلان المطلق وقائل بالبطلان النسبى ، انظر فى عرض هذا الخلاف ، السنهورى ، جـ ٨ ، ط١٩٩١ ، ص ٦٥١ وما بعدها . وتستقر محكمة النقض على أن البطلان نسبى . نقض ١٩٧٥/١٢/٢١ المجموعة س٢٦ ص١٧٤٧ ، ١٩٨٣/٣/٢٤ س٣٤ ص٧٦٣.

(٣)ولا يمنع وجود الشرط المانع من التصرف فى العقد المتعاقد من طلب فسخ هذا العقد استناداً الى الاحكام العامة المقررة للفسخ فى العقود الملزمة للجانبين . نقض ١٩٦٨/٦/٢٧ المجموعة س١٩ ص١٢٢٢ .

وقد يشترط البائع عادة حلول موعد استحقاق الثمن المؤجل بمجرد تصرف المشترى فى المبيع بالمخالفة للشرط المانع من التصرف .

فى الثمن ، فهو يظل مهدداً بمخاطر اعسار المشترى ومزاحمة باقى الدائنين فى حالة التنفيذ على امواله بصفة عامة ، وعلى ثمن المبيع خاصة اللهم الا اذا تمسك بحق امتيازه كبائع على هذا الثمن .

**مقارنة الشرط المانع من التصرف بشرط الاحتفاظ بالملكية :**

لعل المقارنة بين الشرط المانع من التصرف وشرط الاحتفاظ بالملكية تجد ما يبررها فى هذا المقام ، لبيان مدى جدوى كل منهما فى ضمان حق البائع فى الثمن .

يعد الشرط الثانى من الناحية النظرية ، أقوى من الشرط الأول ، نظراً لأن البائع الذى يحتفظ بملكية المبيع يكون فى مركز اقوى من البائع الذى يشترط عدم التصرف فى المبيع . فالمشترى لا يتوافر لديه أى من عناصر الملكية فى الحالة الأولى ، بينما يتمتع فى الحالة الثانية ، من حيث المبدأ بحق الانتفاع بالمبيع واستغلاله دون التصرف فيه . أضف الى ذلك ان البائع يمكنه استرداد المبيع ، لاحتفاظه بملكيته ، سواء من المشترى أو من تحت يد الدائن الحاجز ، بينما لا يستطيع البائع الذى اشترط عدم التصرف فى المبيع طلب استرداده إلا بعد الحكم بفسخ البيع .

وبنظرة فاحصة الى التطبيق العملى والتنظيم القانونى لكل من الشرطين يتضح لنا مع ذلك ، أن الشرط المانع من التصرف يفوق فى قوته شرط الاحتفاظ بالملكية للأسباب الآتية :

**أولاً** : اذا قام المشترى بالتصرف فى المبيع المحتفظ بملكيته كان التصرف غير نافذ فى حق البائع لأنه وارد على ملك الغير (١) ، أما اذا

---

(١) طبقاً للمادة ٤٦٦ مدنى . انظر تفصيل ذلك فيما يلى ص ١٦٩.

تصرف المشترى فى المبيع بالمخالفة للشرط المانع من التصرف وقع التصرف باطلاً (١) .

ثانياً : يسرى كل من شرط الاحتفاظ بالملكية والشرط المانع من التصرف فى مواجهة الغير ، بما فى ذلك جماعة الدائنين ، اذا تعلق الامر بعقار وتم تسجيل الشرط ضمن تسجيل التصرف الاصلى الذى نقل العين مثقلة بالشرط (٢) . أما فى حالة المنقول فان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يعتد به فى مواجهة جماعة الدائنين (٣) ، بخلاف الحال بالنسبة للشرط المانع ، فالراجح انه يرتب اثره كاملاً فى مواجهة جماعة الدائنين لأن المال يصبح غير قابل للحجز عليه (٤) .

ثالثاً : اذا تصرف المشترى فى المنقول ، الذى احتفظ البائع بملكيته ، وسلمه لمشترى حسن النية كان للأخير التمسك بملكية المبيع استناداً الى قاعدة الحيازة فى المنقول (٥) . أما اذا تعلق الامر بمنقول تصرف فيه المشترى بالمخالفة للشرط المانع من التصرف وقع التصرف باطلاً ولا يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ومن ثم لا يجوز للمتصرف اليه أن يتملك المبيع بالحيازة لان قاعدة الحيازة فى المنقول تقتضى السبب الصحيح أى تصرفاً ناقلاً لملكية المنقول (٦) .

---

(١) والبطلان هنا نسبى طبقا لقضاء محكمة النقض ( انظر ما سبق ص ٦٤) ، يقبل الاجازة ويقربنا ذلك من امكانية اقرار المالك الحقيقى للبيع الصادر من غيره .

(٢) السنهورى جـ ٨ ص٦٤٥ .

(٣) انظر ما يلى ص ١٠٩ ، بخلاف الحال فى كل من القانون الفرنسى والالمانى ، ما يلى ص ١١٠، ١١١، ١١٢ .

(٤) السنهورى ، نفس الموضع .

والواقع ان هذه النتيجة يمكن أن تكون محل جدل فى حالة افلاس المتصرف اليه الذى يقع المنقول ، محل المنع من التصرف ، فى حيازته ، حيث يستقر القضاء ، كقاعدة عامة على تفضيل مصلحة الدائنين من خلال حماية الائتمان الظاهر الذى عولوا عليه .

(٥) السنهورى جـ ٤ فقرة ٩٢.

(٦) محمد على عرفه ، حق الملكية ، جـ ١ ، ١٩٥٤ ، ص٢٦٦ . السنهورى جـ ٤ فقرة ٩٢.

## (د) شرط الاحتفاظ بالملكية

يشترط البائع ، أحياناً ، احتفاظه بملكية المبيع الى حين استيفائه كل الثمن ، وهذا ما يسمى بشرط الاحتفاظ بالملكية (١) ، الذى يرد غالباً ، بصورة صريحة ، في عقد البيع مؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط . ونظراً لعدم نفاذ الشرط المذكور ، في القانون المصرى ، والفرنسى سابقاً ، قبل جماعة دائنى المشترى المفلس ، فانه بات عديم الجدوى في ضمان حق البائع بصفة كاملة ، مما يدفعه ، فى بعض الاحيان ، الى الاحتفاظ بملكية المبيع بطريقة غير مباشرة من خلال صور أخرى أكثر فاعلية فى تأمين حقه مثل الايجار البيعى والتأجير الائتمانى ، كما سبق وعرضنا من قبل (٢) .

تدخل المشرع الفرنسى حديثاً بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ليزيد من فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية كأداة ضمان ووسيلة ائتمان ونص على نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس ، أى أحقية البائع فى استرداد المبيع الذى يحتفظ بملكيته ، ولم يستوف ثمنه ، خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الحكم بشهر الافلاس (٣) تأثر المشرع ، فى هذا التطور ،

---

(١) Clause de réserve de propriété - Le pactum reservati dominii.

انظر فيما يتعلق بالبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، ومشروعيته ومجالاته ما سبق ص ١٨ .

(٢) انظر ما سبق ص ٢٧ ، ٣٣

(٣) انظر ما يلى ص ١١٧ ، ١٣١

وقد صدر قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ متضمناً نفس الحكم فى المادة ٢/١٢١ J.C.P. 1985 . 56711.

ويقتصر هذا التنظيم ، بطبيعة الحال ، على عقد البيع والايجار البيعى Location-Vente ويمكن ان تدفع الشروط الاضافية ، التى يلجأ اليها الأطراف عادة فى العمل ( انظر ما يلى ص ) . لتكملة شرط الاحتفاظ بالملكية ، القضاء لاضفاء تكييف مغاير للاتفاق المبرم وبالتالى استبعاد حكم القانون الجديد بصدده ، مما يستوجب حذر المتعاقدين عند صياغة تلك الشروط

Ripert et Rablot, op. cit., n. 3161.

بنظرائه الأوروبيين فى طريقهم الى الوحدة ، وبصفة خاصة نظيره الالمانى . وكى تزداد الصورة وضوحا نرى استعراض الموقف اجمالاً فى كل من القانونين لمعرفة مكانة الشرط وتطوره .

## ١-مكانة الشرط وتطوره فى القانون الالمانى :

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية مكانة بارزة فى النظام القانونى الالمانى ، يبرز الشرط الفصل الجوهرى ، داخل نطاق كل بيع ، بين العقد المنشىء للالتزامات المتبادلة من جهة ، والتصرف المجرد الناقل للملكية ( العقد العينى ) من جهة أخرى . وبالرغم من أنه يتم الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية عادة فى العقد الملزم (الأول ) الذى ينعقد باتاً وبسيطاً ، فان هذا الشرط ، الذى يوقف نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن ، ينحصر تأثيره فى التصرف المجرد الذى لا يكون باتاً بل موصوفاً بالشرط (١) . وينتج عن ذلك تعلق الشرط ، فى ذات الوقت بكل من قانون الالتزامات ، وقانون الاموال وقانون التأمينات (٢) . ويمثل الشرط المذكور نظاماً معقداً لا يمكن فهمه الا من خلال الاطار المتكامل الذى يوجد فيه ويصعب فصله عن هذا الاطار ، يعد الشرط جزءاً من نظام قانونى مترابط .

يحتل شرط الاحتفاظ بالملكية أهمية بالغة على صعيد الائتمان التجارى ، فهو يأخذ ، فى الواقع ، انطلاقاً من وظيفته الاقتصادية ، مكانة بارزة ، الى جانب نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان ،(٣)

---

(١) Meissner G. l'opposabilité de la propriété aux tiers en droit Allemand et specialement de la reserve de propriété, Gaz. Pal. 1972. 369

(٢) Pedamon M. Rapport au Congrés de A.N:C.J à Strasbourg, Oct. 1980, Gaz, Pal. des 2 et 4 déc. 1980.

(٣) يستخدم الفقه الفرنسى مصطلح (l'alientation) fiduciaire للتعبير عن الكلمة الالمانية "Sicherungsübereignung". والواقع ان هذه الكلمة لا تقبل الترجمة الى الفرنسية لأن القانون الفرنسى لا يعرف هذا النظام بداية ( انظر ما يلى ص١٩٤) . ويقترح قاموس Daucet عدة تعبيرات للتعبير عن المعنى : -

بين مجموعة التأمينات التى ترد على المنقول دون حيازته . لعل العامل المشترك بين كل هذه التأمينات هو أنها ، اذا وردت على منقول مادى ، لا تقتضى تخلى المدين عن حيازته ، ولا تستلزم ، اذا وردت على حق ، اعلان المدين به . لا تخضع تلك التأمينات لأى من اجراءات الشهر الخاصة باعلام الغير بوجودها مع كل ما يمكن ان يترتب على ذلك من أثار متخيلة فى حالة الافلاس والتسوية القضائية . وذلك كله بخلاف الحال بالنسبة للرهن الحيازى ورهن الحق التقليديين اللذين ينظمهما القانون المدنى فى المواد ١٢٠٤ ، ١٢٧٩ وما بعدها (١) .

نشأ هذا النوع من التأمينات وتطور فى المانيا ، بعيداً عن النصوص (٢) . فهى مستوحاة لاجابة مقتضيات العمل ومن ثم لم تتوقف ، عبر السنين ، عن التطور والتنوع والتأقلم مع ضرورات الائتمان ، وتصورات رجال العمل والقائمين على تحرير التصرفات القانونية ، وردود فعل القضاء منها . ويأخذ كل نوع من أنواع هذه التأمينات ، فى الوقت الراهن ، العديد من الصور . وينطبق ذلك ، بطبيعة الحال ، على شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يأخذ أحياناً شكلاً بسيطاً ، وأحياناً أخرى شكلاً ممتداً ، وأحياناً ثالثة شكلاً متسعاً (٣) . ويرد نقل الملكية على سبيل الضمان ، أحياناً ، على مال محدد . ويرد كذلك على مخزون من البضائع متغير المحتوى ، ويقبل بدوره الاتساع والامتداد شأن شرط الاحتفاظ باللمكية .

---

- "remise d'un bien en propriété à titre de Caution" "Cession à titre de sûreté" - "transfert en garantie" Meissner g., op. cit.

(١) نفس الموضع .

(٢) بخلاف الحال فى كل من القانون الفرنسى والمصرى حيث لا يجوز أن يرد التأمين على المنقول دون حيازته الا بنص خاص . انظر مثال ذلك بالنسبة للقانون الفرنسى الحديث ما يلى ص ١٩٤ .

(٣) انظر ما يلى ص ١٤٥ .

أما عن حوالة الحق على سبيل الضمان فترد اما على حق معين أو على مجموع من الحقوق . وتنقسم هذه الحالة الاخيرة الى نوعين : الأول هو الحوالة الاجمالية التى ترد على كل الحقوق الناتجة أو التى ستنتج عن النشاط المهنى للمدين أو على مجموعة معينة من هذه الحقوق ، كالحقوق الناتجة عن تسليم البضاعة لعملاء منطقة معينة أو للمناطق التى تبدأ اسماؤها بحروف هجائية محددة ( تبدأ من حرف أ الى د مثلاً ) . الثانى هو الحوالة داخل اطار محدد حيث يتعهد المدين بأن يحيل للدائن ، طبقاً للمبلغ المراد ضمانه ، مجموعة من الحقوق القائمة التى تتجدد مع استمرار الوفاء بها ( الحقوق الدورية كالاجرة مثلاً ) (١) .

والواقع ان هذه القائمة المثيرة تدل على جانب من عبقرية القانون الالمانى وما يتمتع به رجال العمل ، فى هذا البلد ، من قدرة خاصة على جعل كل قيمة اقتصادية ممكنة اداة ائتمان . وباستثناء شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط المنصوص عليه فى المادة ٤٥٥ مدنى ، ينبغى ، فى الواقع ، إدراك ان كل الانواع الأخرى للتأمينات الواردة على المنقول دون حيازته تستمد مبدأ صلاحيتها مما استقر عليه العمل القضائى ، وأصبحنا بالتالى أمام قاعدة عرفية أى أن المسألة باتت منظمة بالقانون العرفى . وكشأن أى مسألة ينظمها العرف ، بالرغم من بيان معالمها الرئيسية ، فانها تظل تحمل بين طياتها بعض جوانب الغموض وعدم اليقين . اضف الى ذلك ان هذه التأمينات يكمل بعضها الآخر احياناً ، وتتواكب فيما بينها أحياناً أخرى ، ويندرج بعضها تحت لواء الآخر أحياناً ثالثة ، ويقوم نوع من التنازع فيما بينها أحياناً رابعة على الاموال أو القيم المثقلة بها . مثال ذلك التنازع بين شرط الاحتفاظ بالملكية الموجود على البضاعة المبيعة بثمن مؤجل ونقل الملكية على سبيل الضمان الوارد على موجودات مخزن تضم البضاعة المذكورة .

(١) M.Pédamon, Le réserve de la propriété en droit Allemand et en droit français, in R.J.Com., n. spécial fév. 1982.

والتنازع بين الحوالة الاجمالية للحقوق لاحد البنوك وشرط الاحتفاظ بالملكية الممتد أى الذى يتضمن الحوالة المسبقة للحقوق التى ستولد عن اعادة بيع البضاعة المحتفظ بملكيتها ، للغير (١) .

ويمكن القول اجمالاً ، مع ذلك ، بقيام نوع من التنسيق السلمى بين مجال اعمال كل من التأمينات السابقة . فنقل الملكية على سبيل الضمان يستخدم ، بصفة أساسية ، فى ضمان الائتمان المقدم من البنوك والمؤسسات المالية ، الى جانب تمتع هذه المنظمات بتأمينات أخرى وبصفة خاصة التأمينات العقارية . ويستخدم شرط الاحتفاظ بالملكية فى ضمان الائتمان الممنوح من الموردين لعملائهم . أما عن حوالة الحق على سبيل الضمان فتغطى بطريقة متفاوتة هذين النوعين من الائتمان اللذين يغذيان الاقتصاد الالمانى (٢) . ولا ينبغى أن يتبادر الى الذهن تناقص حجم ائتمان الموردين فى المانيا ، فهو يشهد ، على العكس ، تزايداً مستمراً تحت تأثير المنافسة الحادة . وتقل ، بالتالى ، أهمية الوفاء النقدى لثمن البضاعة ، إلا لن الوفاء يتم بطريقة منتظمة ، وعلى نحو أسرع مما هو معهود فى فرنسا مثلاً (٣) .

وينتج عن هذه الظاهرة الازدهار الواسع لشروط الاحتفاظ بالملكية وتشجيع ابرام العقود عن طريق تبنى الشروط العامة التى يضعها أحد الطرفين ، وغالباً ما توضع هذه الشروط من قبل المورد . ويتضح من العمل أن كل المهنيين ( صناع ، تجار جملة أو تجزئة ، مقاولون ، حرفيون ) ، الذين يسلمون بضائعهم قبل استيفاء الثمن ، يحتفظون بملكيتها لحين استيفاء كامل حقوقهم . ومما لا شك فيه ان المراكز الاقتصادية تتنوع وتتفاوت بشكل ملحوظ ، فهى تختلف

---

(١) Pédamon M., la réserve de propriété en droit Allemand, Gaz. Pal. 1981. 1.5

(٢) Witz, Le droit des sûretés réelles mobilieres in Rép fédérale d'Allemagnie, R. int. de dr. Com. 1985. 27.

(٣) نفس الموضع .

بحسب صفة كل من البائع والمشترى من جهة وبحسب طبيعة الاموال والبضائع المبيعة والاغراض المخصصة لها من جهة أخرى . وينتج عن ذلك بالضـــرورة تعدد واختلاف صور شرط الاحتفاظ بالملكية فى العمل . يستجيب الشرط ، فى صورته البسيطة ، للمراكز الاقتصادية السهلة أو الاولية . وتبدو الحاجة الى تعميق الشرط ومد نطاق تطبيقه كلما ظهرت حاجة المشترى الى التصرف القانونى أو المادى فى الاموال المقدمة اساساً على سبيل الضمان (١) .

### ٢-مكانة الشرط وتطوره فى القانون الفرنسى :

حاول المشرع الفرنسى الاستفادة من التجربة الالمانية بصفة خاصة واللحاق بالركب الاوروبى بصفة عامة . جاء قانون ١٢ مايو ١٩٨٥ (م١٢١/٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥) لتقوية شرط الاحتفاظ بالملكية من خلال اقرار نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس . صدر التعديل المذكور بصعوبة بالغة اثر جدل حاد بين انصاره وخصومه (٢) .

ينعى البعض على القانون المذكور مساسه الخطير بمبدأ المساواة بين الدائنين لصالح بعض البائعين بمنحهم نوعاً من الامتياز المميز دون شهر على حساب باقى الدائنين العاديين بل وحتى الخزانة العامة والتأمين الاجتماعى ومنظمات تأمين الاجور (٣) . ان نفاذ الشرط ، طبقاً للتعديل السابق ، من شأنه أن يدفع البنوك الى تفضيل منح الائتمان للمشروعات الموردة على حساب الائتمان الممنوح للمشروعات المشترية التى ستفقد ، بالتالى ، كل انواع الائتمان ما عدا ذلك الممنوح

---

(١) نفس الموضع .

(٢) Les pour : Mes Jacques Mauro, William ,Garçin, Trieffry (Gaz.Pal. 24 avr.1980) Duguet ( Gaz. PAl. 24 mai 1980)

Les Contre : Houin, Lyonnet ( Gaz.Pal.8 mars 1980), Fangain (Gaz. Pal. 24 mai 1980- 1er Juill. 1980).

(٣) Congrés de Vienne ( Gaz. Pal. 24 Juin 1980 . 25).

لها من الموردين ، ويستتبع ذلك نمو الائتمان فيما بين المشروعات والذى يعد أحد عوامل التضخم (١) . بل ان الرغبة فى انقاذ المشروعات المتعثرة ، كهدف رئيسى للتعديل التشريعى ، تصبح مهددة باعمال الشرط نفسه حيث يترتب على قيام البائعين باسترداد البضائع نفاذ الجزء الاكبر من عناصر الجانب الايجابى للذمة المالية القائمة لحظة الحكم بالتسوية القضائية ، ويستتبع ذلك ، بالضرورة ، فى أغلب الاحوال ، التصفية النهائية لأموال المدين بدلاً من النهوض به ، أى اننا نصبح ، طبقاً لتعبير الفقه ، امام « افلاس الافلاس » (٢) .

لكن المشاهدات المستمدة من التجربة الالمانية زودت انصار التعديل التشريعى بالحجج الكافية للدفاع عن موقعهم . ان الحماية القوية التى يقدمها شرط الاحتفاظ بالملكية ، بعد التعديل ، للموردين من شأنها حثهم على الاستمرار فى توريد البضاعة لعملائهم المتعثرين ومنحهم أجالاً أطول للسداد ، مما يقى هؤلاء مغبة الوقوع فى هاوية الافلاس . لن يحتاج البائع ، بعد ذلك ، الى الاخذ فى حسبانه ، عند تحديد ثمن البضاعة المؤجل السداد ، مخاطر افلاس المشترى ، ويستتبع ذلك بالضرورة انخفاض الثمن أو على الأقل عدم تفاقمه . أضف الى ذلك ان اعمال الائتمان وتداوله سيشهد تحسناً ملحوظاً . ففيما يتعلق بالطريقة الحالية لائتمان المورد ، يقوم البائع بسحب كمبيالة على المشترى ويقدمها للخصم لدى البنك الذى يتعامل معه . تتسم هذه الطريقة ، فضلاً عن الموقف الغريب الناتج عن قيام البائع بالاقتراض للبيع ، بالتعقيد والجمود والكلفة الناتجة عن عملية الخصم . وبالنسبة لائتمان المشترى القائم على شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدى اعماله الى تمكين المشترى ، فى أغلب الاحوال من الوفاء بالثمن نقداً بفضل مساعدة بنكه ، الذى بحلوله محل البائع فى

---

(١) Congrés de Vienne ( Gaz. Pal. 24 Juin 1980 . 25).

(٢) Lyonnet وذلك هو عنوان مقالة "La Faillite de la faillite" Gaz.Pal. 1980 .1.119

الضمان الممنوح له ، سيقوم بمنح عميله المساعدة التى تتفق واحتياجاته . ونظراً لأن البائع يتمتع بمصدر للسداد اكثر امناً ، ويستفيد بتخفيض هام فى مصروفاته التمويلية ، فان قانون ١٩٨٠ ينبغى أن يؤدى الى انقاص ملحوظ لعدد حالات التصفية الجماعية الواقعة كل عام فى فرنسا .

ان مرور عدة أعوام على التجربة يسمح باقامة تقدير مبدئى . تدل غزارة أحكام القضاء على ان نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية فى حالة افلاس المشترى يشكل بالنسبة للموردين ضمانة قوية (١) . ولا يزال الامر موضع جدل وتساؤل حول مدى تأثير الشرط سواء فيما يتعلق بالتضارب بين الضمانات النافذة داخل اطار التصفية الجماعية ، أو بتقليل حالات الافلاس ، أو الجوانب الفنية للائتمان الممنوح للمشروعات (٢) .

بدأت رياح التطور التى هبت من الدول الاوروبية وخاصة المانيا ، فيما يتعلق بالائتمان وضماناته ، تلقى معالمها على النظام القانونى الفرنسى بملامحه التقليدية فى مجال التأمينات التى كشف الواقع عن قصورها فى حماية الدائن من مخاطر اعسار المدين وافلاسه . أقر اعسار المشرع الفرنسى الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (٣) والتنازل الائتمانى عن الدين أى نقل ملكيته على سبيل الضمان (٤) ، الا أن المشرع لم يذهب الى مدى بعيد فى هذا التطور سواء فيما يتعلق بالتصرف الائتمانى بصفة عامة أو نقل الملكية على سبيل الضمان

---

(١) Juan R. quatre ans de Juris prudence sur la clause de réserve de propriété, cahiers de dr. de l'entrepr. 1987.4.

(٢) Riper et Rablot, Traité élémentaire de droit Commercial, éd. 1990. n.3160.

(٣) قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ موضوع الدراسة .

(٤) قانون ديلى فى ٢ يناير ١٩٨١ والذى تم تعديله بقانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ ، انظر ما يلى ص ١٩٤.

والتأمينات الواردة على المنقول دون حيازته بصفة خاصة . انعكس ذلك التطور بدوره على القضاء الذى يبدى ، بصفة عامة ، عداءه أحياناً أو تحفظه أحياناً أخرى ازاء التصرف الائتمانى واستخدام الملكية كوسيلة ضمان (١) .

لعل أبرز ملامح هذا التطور تبدو فى اقرار القضاء لمبدأ استفادة الغير من شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة ضمان (٢) ، فقد اعتبرت محكمة النقض الملكية المحتفظ بها تعد من ملحقات الحق وتضمن الوفاء به . وتنتقل معه ، كتابع يلحق الاصل ، بقوة القانون ، ومن ثم فان البنك المحال اليه الحق فى الثمن يستفيد تلقائياً بالملكية المحتفظ بها سواء تم التنازل عن الحق ضماناً للدين أو كمقابل وفاء للكمبيالة موضوع الخصم (٣) . ويصبح بذلك شرط الاحتفاظ بالملكية ضمانة جديدة عامة التطبيق ليس فقط فى العلاقة بين البائع والمشترى بل أيضاً بالنسبة للغير . ويتم توظيف الملكية كأداة ضمان فى تشجيع الائتمان حيث يظل البنك مالكاً للبضاعة طالما لم يتم الوفاء بالحق المضمون ، ويجوز له استردادها فى حالة تعرض المدين لاجراءات الافلاس دون التقيد بالقيود التى يخضع لها سائر الدائنون (٤) .

وبالرغم من قوة هذه الضمانات الجديدة الا انها لم تلق بعد رواجاً كافياً على صعيد الائتمان المصرفى ربما لحداثتها وعدم وضوح واستقرار معالمها فى اذهان المولين من جهة أو لضعفها وعدم فعاليتها أمام قاعدة الحيازة بحسن نية من جهة أخرى حيث لا يستطيع البنك التمسك بشرط الاحتفاظ بالملكية فى حالة تغير الحالة العينية للبضاعة أو التصرف فيها للغير حسن النية (٥) . أضف الى ذلك ثقل وصعوبة اعمال هذه الضمانة حيث ينبغى على البنك ، فى حالة عدم

---

(١) انظر ما يلى ص٢٠٢ .
(٢) انظر ما يلى ص٢١٠ .
(٣) انظر ما يلى ص٢١٢ .
(٤) انظر ما يلى ص١١٢ .
(٥) انظر ما يلى ص١٤٣ ، ١٧٠ .

استيفاء حقه ، طلب استرداد البضاعة طبقاً للشروط التى يحددها القانون (١) ، بل وكذلك طلب فسخ عقد البيع دون أن يكون طرفاً فيه (٢) ، وينبغى عليه أخيراً تخزين البضاعة المستردة واعادة بيعها . ويفضل البنك ، تفادياً لمشقة تلك الاجراءات ، توكيل عميله فى القيام بها مع التزامه برد ثمن اعادة البضاعة للبنك .

لعل كل ذلك هو ما دفعنا الى تناول شرط الاحتفاظ بالملكية بالدراسة لتبين احكامه ، وتطورها وتفهم وظيفته كأداة ضمان ووسيلة ائتمان . نقسم تلك الدراسة الى ابواب ثلاثة . نعرض فى الباب الأول لآثار الشرط فيما بين المتعاقدين ، ونبين فى الثانى آثار الشرط بالنسبة للغير ، ونتناول فى الثالث الطبيعة القانونية للشرط ، هذا بالاضافة الى خاتمة البحث فى نهاية المطاف .

---

(١) انظر ما يلى ص ١١٧.

(٢) Rivers Lange, Banque, 1988 . 704

وانظر ما يلى ص ١٥٢.

# الباب الأول

## آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين الاطراف

يترتب على احتفاظ البائع بملكية المبيع الى حين استيفاء كامل الثمن عدم انتقال الملكية الى المشترى قبل الوفاء بجميع عناصر الثمن المتفق عليه . يظل البائع ، الذى لم يستوف كل حقه ، المالك الوحيد للمبيع رغم تسليمه للمشترى الذى يكون مجرد حائز عرضى له.

نوجد بالتالى ، أمام موقف خاص يختلف فى ابعاده ومضمونه عن العلاقة العادية التى تتولد عن عقد البيع البسيط . هذا الموقف اما أن يتناوله الاطراف بالتنظيم عبر الاتفاق المبرم بينهما واما ان يغفلوا هذا التنظيم تاركين الامر لحكم القواعد العامة -يدفعنا ذلك الى محاولة التعرف على نتائج تطبيق تلك القواعد من خلال بيان المركز القانونى للمبيع أى تحديد حقوق والتزامات كل من البائع والمشترى سواء قبل أو بعد تسليم المبيع ، أو قبل أو بعد الوفاء بالثمن .

يتضح الموقف عبر محاور ثلاثة : الأول ، نقل الملكية بعناصرها الثلاثة . الثانى ، تحمل تبعة مخاطر هلاك المبيع . الثالث ، مصير شرط الاحتفاظ بالملكية . ونعرض لذلك فى الفصول التالية .

# الفصل الأول

## أثر الشرط علي نقل ملكية المبيع

ان مصير الملكية فى العلاقة بين البائع والمشترى فى حالة وجود شرط الاحتفاظ بالملكية قد يبدو امراً يسيراً من الناحية النظرية ، إلا ان المسألة تتسم ، في الواقع ، بالكثير من الغموض والتعقيد نظراً لخلو الامر من تنظيم تفصيلى مما يضطرنا الى اعمال حكم القواعد العامة وما ينطوى عليه ذلك من تناقض مع مقاصد الطرفين وما يجرى عليه العمل بينهما .

لعل الدراسة المقارنة ، فى هذا المقام ، تساعد في القاء الضوء على تلك المسألة ، وتنطوى على استعراض الحكم فى كل من القانونين الفرنسي والمصرى على حده لتقارب القواعد فيهما ، ثم بيان حكم القانون الالمانى باعتباره النموذج السباق فى تنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية .

## المبحث الأول

## أثر الشرط على نقل ملكية المبيع في القانونين الفرنسي والمصري

ينبغي لمعرفة أثر شرط الاحتفاظ بالملكية بين البائع والمشترى ، فيما يتعلق بنقل الملكية ، التفرقة بين وضع المسألة من الناحية النظرية ووضعها من الناحية العملية .

### (أ) وضع المسألة من الناحية النظرية :

يظل البائع ، الذى اشترط الاحتفاظ بملكية المبيع لحين استيفاء الثمن ، المالك الوحيد له . ولا تنتقل الملكية إلى المشترى إلا بعد الوفاء بكامل الثمن .

يبدو الأمر أكثر بساطة ووضوحاً فى حالة وجود المبيع فى حيازة البائع أى قبل تسليمه للمشترى ، حيث يجمع الأول بين يديه كل عناصر الملكية من تصرف واستغلال واستعمال ، فيكون له سلطة استعمال المبيع واستغلاله ، بل والتصرف فيه (١) . وإذا قام البائع بالتصرف فى المبيع ، الذى باعه مع الاحتفاظ بملكيته ، مادياً أو قانونياً ، كان تصرفه صحيحاً لأنه يتصرف فى شىء مملوك له . ولا يكون للمشترى الأول حق استرداد المبيع من المتصرف إليه الثانى لأن الملكية لم تنعقد بعد للأول .

ولعل الالتزامات التى تقع على عاتق البائع ، وتعد فى ذات الوقت حقوقاً للمشترى ، تتمثل فى وجوب تسليم المبيع له بالحالة التى كان عليها وقت التعاقد (٢) ، ومن ثم يتعين عليه المحافظة على المبيع

---

(١) Trigeaud J.M., La réserve de propriété et le transfert de propriété , J.C.P. 1982 , II.13744.

(٢) م ٤٣١ مدنى مصرى ، م ١٢٤٥ مدنى فرنسى .

وتسليمه بالحالة الموجود عليها . وتكون تصرفاته ، فى هذا الصدد ، محكومة بذلك القيد ، إلا انه ينبغى الاشارة الى أن مخالفة البائع لالتزامه السابق لا يدخل تحت طائلة العقاب الجنائى لانه يتصرف فى نطاق ملكيته (١) ، ويقتصر الامر على الجزاء المدنى الناجم عن الاخلال بالتزام تعاقدى ، ويتمثل فى أحقية المشترى فى طلب الفسخ أو التعويض . ويكون للمشترى الحق فى المطالبة بتسليم المبيع (٢) لاننا بصدد عقد بيع صحيح ونافذ يرتب آثاره كاملة ماعدا نقل الملكية المؤجل لحين الوفاء بالثمن . ولا يكون للمشترى ، قبل تسلم المبيع ، الحق فى استعماله واستغلاله أو المطالبة بثماره (٣) . وليس للمشترى ، من باب أولى ، سلطة التصرف فى المبيع إلا لن يكون هذا التصرف معلقاً على شرط واقف هو اكتسابه لملكيته (٤) .

يستطيع دائنو البائع الطعن على البيع بالدعوى البوليصية اذا توافرت شروطها ، ولهم كذلك استعمال حق مدينهم فى المطالبة بالثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة . ويمكنهم كذلك الحجز على الثمن المستحق بين يدى المشترى ، وفى حالة تخلف الاخير عن الدفع يكون لهم الحق فى التنفيذ على المبيع بوصفه لازال مملوكاً للبائع . ولا يستطيع المشترى ان يمنع هذا التنفيذ . ولكن اذا تحقق الشرط ( تم الوفاء بالثمن ) كان له أثر رجعى ، حيث يمتلك المشترى المبيع منذ العقد وتزول الآثار التى ترتبت عليه .

---

(١) قد يختلف الامر فى حالة البيع البسيط ( دون الاحتفاظ بملكية المبيع ) اذا توافرت عناصر جريمة خيانة الامانة ( م ٣٤١ عقوبات مصرى ) .
Crim., 3 avr. 1933, Gaz.Pal. 1933,2,843.

(٢)اذا لم يكن هناك اتفاق على ارجاء التسليم الى وقت محدد .

(٣) وذلك بخلاف الحال فى البيع العادى الذى ينقل ملكية المبيع للمشترى ومن ثم يكون له الحق فى الثمار والنماء من وقت تمام البيع باعتباره مالكاً ما لم يوجد اتفاق مخالف ( م ٢/٤٥٨ مصرى ) .
السنهورى ، جـ ٤ فقرة ٣٩٣ . نقض ١٩٧٣/١/٣ س٢٤ ص٩.

(٤) السنهورى جـ ٤ ص٢٢١

لا يختلف الامر كثيراً ، من الناحية النظرية ، فى حالة تسليم المبيع ، المحتفظ بملكيته للمشترى ، فالبائع ، رغم تخليه عن الحيازة ، يظل هو المالك ويكون من حقه استغلاله وتلقى ثماره بل والتصرف فيه . ويؤدى انتقال الحيازة الى حرمانه من مكنه الاستعمال فقط . وليس للمشترى ، كمجرد حائز عرضى ، ممارسة أى مكنة من مكنات حق الملكية على المبيع ، ومن ثم فهو لا يستطيع ، نظرياً ، ما لم يوجد اتفاق مخالف ، استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه . وإذا تصرف بالمخالفة لذلك قبل سداد الثمن تعرض للجزاء المدنى ( الفسخ أو التعويض أو كلاهما ) دون الجزاء الجنائى لأن عقد البيع ليس من عقود الامانة (١) .

يجوز للبائع ، فى حالة تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن ، طلب فسخ البيع والحق فى استرداد المبيع كنتيجة لوقوع الفسخ أو اعمالاً لدعوى استرداد المبيع بوصفه لازال مالكاً له . ويكون لدائنى البائع الحق فى توقيع الحجز على المبيع باعتباره أحد عناصر الذمة المالية لمدينهم . ولا يكون لدائنى المشترى هذا الحق ، ويجوز للبائع الاعتراض على الحجز للوقع من قبلهم (٢) .

---

- والجدير بالذكر أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية الوارد على عقار يفتح الباب للأخذ بالشفعة لأنه بيع بات ، إلا انه لا يجوز للمشترى فى هذا البيع أن يؤخذ بالشفعة لأنه لم يصبح بعد مالكاً للعقار المشفوع به . قارن السنهورى حيث يرى أن البيع معلق على شرط واقف ( ما يلى ص ٩٢ ، ٢٢١ ، ٢٧٥ ) ويصل بالتالى الى نتائج مخالفة جـ ٣ ص٣٥٥١ .

(١) ويلاحظ أن المشـــرع يعتبر المبيع فى بعض البيوع التجارية أمانه لدى المشترى ، ويعد تصرفه فيه جريمة خيانة الامانة ، انظر ما سبق ص ١٧ .

(٢) Pontiac , Intérêts et limite de la Clause de réserve de propriété, Banque , Oct. Nov. Déc. 1980-Janv. 1981.

الاسكندرية الوطنية ١٤ ابريل ١٩٣٨ المحاماة ١٩ ص٨٤٦ مشار اليه فى سليمان مرقس ، البيع ١٩٩٢ ص١١٠

**(ب) وضع المسألة من الناحية لعملية :**

لا تتفق النتائج النظرية السابقة لشرط الاحتفاظ بالملكية مع مقاصد الطرفين فى عقد البيع الائتمانى ، حيث يكمن جوهر هذا البيع فى تسليم المبيع للمشترى ، العاجز عن الدفع الفورى لكل الثمن ، للانتفاع به . لذا يختلف الامر من الناحية العملية ، وتتجه ارادة الاطراف ، صراحة أو ضمناً ، الى تحقيق تلك الغاية :

١- تتجه ارادة الاطراف صراحة ، فى بعض الاحيان ، الى تنظيم العلاقة القائمة بينهم ، فى حالة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، بالطريقة التى تحقق الغاية من البيع وتتناسب مع مصلحة المشترى وضمان حق البائع (١) . يتم ادراج بعض الشروط التكميلية لشرط الاحتفاظ بالملكية لتحديد آثاره ونطاق اعماله . تتمثل تلك الشروط ، أحياناً ، فى تخويل المشترى بعض مكنات حق الملكية على المبيع كحق استعماله أو استغلاله أو التصرف المادى فيه أو بتحويل مادته أو ادماجه ضمن مواد أخرى . ويمكن تخويل المشترى حق بيع المبيع مع حوالة الحق فى الثمن للمالك ( البائع الاصلى ) (٢) .

٢- ويمكن ان يترك الاطراف المسألة دون تنظيم خاص ، أى الاكتفاء بالنص على احتفاظ البائع بملكية المبيع دون اضافة شروط تكميلية أخرى . يكشف التطبيق العملى ، فى هذه الحالة ، عن واقع مخالف للنتائج النظرية السابق عرضها ، اذ تنتقل حيازة المبيع ، بالفعل الى المشترى ، فى أغلب الاحوال ، ويقوم باستعماله واستغلاله

---

(١) يلجأ الأطراف احياناً الى التحايل باضفاء وصف أخر على البيع كالايجار البيعى والتأجير الائتمانى ، انظر ما سبق ص ٢٧ ، ٣٣ .

(٢) ويمكن أن يتضمن البيع شروطاً تكميلية اكثر عموماً فى معالجة العلاقة بين الأطراف ، كتنظيم طريقة الوفاء بالثمن المؤجل ، وكيفية مارسة البائع لحق استرداد المبيع فى حالة عدم الوفاء بالثمن ، ومصاريف اعادة نقل المبيع ، ومدى الاحقيقة فى الاحتفاظ بالاقساط المدفوعه من عدمه .

بل والتصرف فيه أحياناً (١) ، وكل ما فى الامر ان هذا التصرف يكون معلقاً على شرط واقف هو اكتساب المتصرف لملكية المبيع ، بل ويمكن أن يرتب التصرف آثاره كاملة اذا تعلق الامر بمنقول معين حازه المتصرف اليه بحسن نية .

يستند العمل السابق الى ارادة الاطراف الضمنية التى تبدو مؤكدة فى البيوع التجارية حيث من المتفق عليه أن تخلف الحظر يعنى التصريح للمشترى بالانتفاع بالمبيع (٢) . ويقتصر مفعول الشرط على احقية البائع فى استرداد المبيع من المشترى المتخلف عن الوفاء بالثمن . ويبدو ذلك واضحاً فى حالة الاشياء غير القابلة للاستهلاك كالاجهزة والمعدات ، حيث يصعب حظر استعمال المشترى لها رغم وجودها فى حيازته والتعاقد عليها لهذا الغرض (٣) . ويختلف الامر بالنسبة للمبيع القابل للاستهلاك الذى يقتضى الحق فى استعماله ، بالضرورة ، حق التصرف فيه ، حيث يتعارض ذلك ، عملاً مع شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يصعب وجوده فى هذا النوع من البيوع (٤) ، وبصفة خاصة البيع الوارد على شىء تعاقد عليه المشترى بقصد استهلاكه بنفسه . واذا تصادف وجود الشرط ، فى هذه الحالة ، فإن ذلك يعنى بالضرورة حظر استعمالها لأن الاستعمال يؤدى الى استهلاكها مما يتعارض مع طبيعة الشرط وغايته (٥) .

---

(١) Y. Chaput , La Clause de réserve de propriété ,... J.C.P., 1981. 1.3017.

(٢) Y.Demoures , La Vente avec réserve de propriété, R. d. Com., 1982, P.33. n.23.

(٣) ويثير هذا الاستعمال بعض العقبات امام حق البائع فى الاسترداد ، عند عدم الوفاء بالثمن ، فى حالة فقد البضائع أو تلفها ، وتناقص قيمتها ، انظر ما يلى ص١٦٠ ، ١٦٤ ، ١٦٥ .

(٤) Y.Demoures, op. cit.

(٥) J.Acquaviva, C. Bacrot, La Clause de réserve de propriété en droit des affaires , Gaz.Pal. 1980, P. 524, n.074.

وأخيراً فإن حق البائع في استرداد المبيع الذي يحتفظ بملكيته يصطدم عملاً بعدة عقبات أهمها : منازعة المشتري التي قد تستوجب الحصول على حكم بفسخ البيع (١) ، تغير حالة المبيع عن طريق تحويله أو ادماجه في مادة أخرى ، استهلاكه أو التصرف فيه للغير حسن النية . ولعل أهم عقبة في القانون المصري هي عدم نفاذ حق الاسترداد قبل جماعة دائني المشتري المفلس بخلاف الحال في القانون الفرنسي والالماني (٢) .

---

(١) انظر ما يلي ص ١٥٣.
(٢) انظر ما يلي ص ١٠٩.

## المبحث الثانى

## أثر الشرط على نقل ملكية المبيع في القانون الالماني

ينبغى لمعرفة وضع المسألة فى القانون الالمانى ، التعرض للمركز القانونى لكل من البائع والمشترى على حدة .

### (أ) المركز القانونى للبائع :

ان مركز البائع ، الذى يحتفظ بملكية للبيع ، فى القانون الالمانى ، يتسم ، من الناحية القانونية ، كما هو الحال فى القانونى الفرنسى والمصرى ، بكثير من الغموض .

يشير البعض الى أن نظام شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدى الى الفصل ، داخل الملكية ، بين المكنات المتعلقة بالضمان وبايجاد الحق من جهة ، والمكنات المرتبطة بالحيازة مباشرة والانتفاع بالحق من جهة أخرى (١) . فبينما يحتفظ البائع بالطائفة الأولى تنتقل الثانية الى المشترى . ويجمع الفقه . بصفة عامة ، على أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة وإن هناك تفاوت بين الشكل القانونى للنظام وبين غايته الاقتصادية . ويقتصر دور الملكية الكاملة على ضمان الحق حيث تقوم فى الواقع بدور التأمين (٢) .

وبالرغم من هذا الجدل الفقهى ، فمن المؤكد ان البائع ، قبل اتمام الشرط ( قبل استيفاء الثمن) ، يستحوذ على عدة سلطات هامة (٣) :

---

(١) M.Pédamon, Rapport présenté au Congrès de l'Association Nationale des Conseils Juridiques qui s'est tenu à Strasbourg les 10 et 11 oct. 1980, Gaz.Pal. des 2 et 4 déc. 1980.

(٢) ويرفض البعض اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط بمثابة تامين ، ويرون فيه مجرد حبس اداء معين لحين تقديم الاداء المقابل . انظر M.Pédamon, op. cit. والمراجع المشار اليها .

(٣) نفس الموضع .

أولاً : على صعيد قانون الالتزامات ، يكون للبائع الحق فى فسخ البيع ، بارادته المنفردة ، فى حالة تأخر البائع عن الوفاء بالثمن ( ٤٥٥$ ) . ويترتب على الفسخ الزام كل من الطرفين برد ما تلقاه من الطرف الآخر . ويجوز للبائع المطالبة بالتعويض عن استعمال المشترى للمبيع وتدهور حالته (١) .

ثانياً : على صعيد قانون الاموال ، يكون للبائع ، عن طريق ابرام تصرف مجرد ، نقل ملكية البضاعة ، المبيعه مع الاحتفاظ بمليكتها ، للغير (٩٣١، ٩٣٠$) ، إلا أن هذا الانتقال يكون عرضة للزوال بأثر رجعى عند اتمام الشرط اى الوفاء بالثمن ( ١/١٦١ $ ) . ولعل الاهم من ذلك هو أحقية البائع فى الاعتراض على الحجز الذى يوقعه دائنو المشترى (٧٧١ZPO $) . ويكون للبائع ، فى النهاية ، الحق فى استعادة المبيع عن طريق دعوى الاسترداد فى حالة الافلاس أو التسوية القضائية للمشترى (٤٢Ko$ ) اذا لم يعرض مأمور التفليسة دفع المتبقى من الثمن (٢) .

## ب- المركز القانونى للمشترى :

يثور التساؤل حول المركز القانونى للمشترى ، فى القانون الالمانى ، قبل الوفاء بالثمن . ان المشترى ، فى هذه الفترة ، لم يصبح ، من حيث المبدأ ، بعد مالكاً للمال الذى آل اليه عن طريق البيع ، ولكنه يحوزه مباشرة وينتفع به . وتلك ميزة شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط (٣) حيث يسمح للمشترى باستعمال المال قبل الوفاء بكامل

---

(١) يلاحظ وجود بعض القواعد الخاصة التى تتضمن حماية معينة للمشترى غير التاجر فى حالة البيع بالتقسيط ، وتندرج ضمن الاتجاه التشريعى الحديث نحو حماية المستهلك ( قانون ١٦ مايو ١٨٩٤ المعدل فى ١٩٦٩ و ١٩٧٤ ) .

(٢) انظر تفصيل ذلك ما يلى ص ١١٠ .

(٣) انظر فى شرط الاحتفاظ بالملكية المركب أو الموصوف ما يلى ص ١٤٥ .

ثمنه، الا انه يتحمــل ، فى المقابــل ، تبعة هلاكــه منــذ يوم تسـلمه ( وما بعدها ٤٤٦ $) (١) .

يتمتع المشترى ، فضلاً عن ذلك ، بالحماية ضد تصرفات البائع التى قد تنطوى على المساس بحقوقه ( ١/١٦٠ ، ٢/١٦١ $) ، ويمكنه الاعتراض على الحجز الذى يوقعه دائنو البائع على المبيـــع ( ٧٧١ZPO $ ) ان مركز المشترى ، الذى يتضمن ، من الناحية القانونية ، عدة أوجه قانونية يمثل ، فضلاً عن ذلك ، قيمة اقتصادية تتزايد بالتدريج مع تناقص الجزء المتبقى من الثمن (٢) ، ويمكنه ، بالتالى ، الاستفادة منه ، فى هذه المرحلة (٣) .

ويرى الفقه ، من خلال استعراض مجموع هذه العناصر ، ان المشـــترى يتـــمـــتع ، خـــلال هذه المرحلة ، بحق يســـمى Anwartschafstrecht ، أى حق فى دور التكوين ، أو حق مــرتقب (٤) . ويسير القضاء فى نفس الاتجاه ، وتتوالى احكامه الغزيرة فى هذا المقام . ويستخدم تعبيرات ذات مغزى هام للتعبير عن حق المشترى مثل : « حق مشابه للحق الكامل» ، « مجرد مرحلة للملكية » ، « ليس شيئاً آخر غير الملكية ، وهو وان كان أقل درجة الا انه من نفس طبيعتها » . ولم يعد من المنازع فيه ، فى الوقت الراهن ، ان حق المشترى Anwartschafstrecht يعد حقاً شخصياً حقيقياً ، بل انه طبقاً للبعض ، يعد حقاً عينياً جديداً (٥) .

ويترتب على ذلك عدة نتائج رئيسية هامة : يستطيع المشترى أن يقتضى حماية هذا الحق عن طريق قواعد المسـئولية التقصيرية ، فى

---

(١) انظر ما يلى ص ٩١.

(٢) ويترتب على تصاعد الوفاء بالثمن انقاص حق البائع فى الملكية من مضمونه الاقتصادى بينما ينمو حق المشترى ، بنفس النسبة ، من ذات المضمون .

(٣) للحصول على الائتمان مثلاً ،انظر ما يلى ص ١٨١.

(٤) انظر ما يلى ص ١٨١.

(٥) M. Pedamon, op. cit.

حالة الاعتداد عليه من قبل الغير ( ٨٢٣ $ ) . ويجوز للمشترى التصرف فى حقه ، ويتم التصرف ، فى الغالب ، لصالح البنك الذى يمنحه الائتمان ، على سبيل الضمان . واذا كان التاجر يحوز فى مخزنه ، فى ذات الوقت ، بضائع مملوكة له واخرى اشتراها محملة بشرط الاحتفاظ بالملكية ، فانه يستطيع تقديم مجموع هذه البضائع على سبيل الضمان .

ومن المقرر كذلك انه يجوز لدائنى المشترى توقيع الحجز على حقه السابق ، وان كان هناك خلاف حول نظام وكيفية اجراء هذا الحجز الذى يكون مهدداً باحتمال قيام البائع بفسخ العقد ، ويستطيع الدائنون توقى هذا الخطر بدفع المتبقى من الثمن حيث يترتب على ذلك اكتساب مدينهم ( المشترى ) ملكية المبيع كاملة وتأكيد الحجز (١) .

---

(١) نفس الموضع .

# الفصل الثاني

## أثر الشرط علي تبعة هلاك المبيع

يحتفظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان ، ولكن المشترى يتسلمه وينتفع به بالفعل . ويثير ذلك الوضع التساؤل حول تبعة هلاك المبيع فى الفترة ما قبل الوفاء بالثمن . وهل يغير شرط الاحتفاظ بالملكية حكم القواعد العامة فى تلك المسألة ؟ لعله من المناسب القاء نظرة موجزة على تلك القواعد قبل التعرض لتأثير شرط الاحتفاظ بالملكية عليها .

### (أ) قواعد تحمل تبعة هلاك المبيع

ينبغى الاشارة ، باديء ذى بدء الى ان المقصود بتبعة الهلاك هو تحمل نتائج فقد أو تلف الشيء بصفة نهائية أى دون امكانية الرجوع على شخص أخر . يحدث ذلك فى حالة الفقد أو الهلاك الناجم عن الحادث الفجائى أو القوة القاهرة (١) . أما اذا نجم الفقد والهلاك عن فعل البائع أو المشترى فان المتسبب فيه يكون مسئولاً ، كقاعدة عامة ، عن التعويض قبل صاحب الحق فيه (٢) .

يختلف الحكم فى القانون الفرنسى عنه فى القانون المصرى ، ويمكن ، كقاعدة عامة ، القول بأنه بينما يربط الاول تبعة الهلاك بالملكية نجد الثانى يربطها بالتسليم (٣) . يتحمل المشترى ، فى

---

(١) وتعرف محكمة النقض الهلاك فى حكم للمادة ٤٣٧ مدنى بأنه زوال الشيء المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية . نقض ١٩٥٧/٢/٢١ س٣ ص٢٠٣ ، ١٩٦٨/١٢/٢٦ س١٩ ص١٥٦٥.

(٢) وتقرر محكمة النقض ان قاعدة الهلاك على المالك انما تقوم اذا حصل الهلاك بقوة قاهرة ، أما اذا نسب الى البائع تقصير فانه يكون مسئولاً عن نتيجة تقصيره . نقض ١٩٥٦/٦/٢٨ المجموعة س٧ ص١٩٦ . مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص٧٧ فى الهامش .

(٣) قارن سليمان مرقس ومحاولته لتقريب الحكم فى القانونين ، المرجع السابق ص٦٥٨.

القانون الفرنسي ، تبعة هلاك المبيع منذ اللحظة التي تنتقل اليه ملكيته ولو لم يتسلمه بعد ( م ١١٣٨ مدني فرنسي ) . ولكن البائع يلتزم ، من ناحية أخرى ، في حالة وجود المبيع بين يديه ، قبل المشترى بالمحافظة عليه ( م ١١٣٧ مدني فرنسي ) ، ومن ثم يقع على البائع عبء اثبات السبب الاجنبي لهلاك المبيع حتى يتخلص من مسئوليته عن التعويض . يؤدي ذلك عملاً وفي أغلب الاحوال الى تحمل واضع اليد على الشيء تبعة هلاكه أو تلفه بالرغم من وقوع تلك التبعة ، نظرياً على عاتق المالك (١) .

يتسم موقف المشرع المصري ، في هذا المقام ، بالمنطقية ، حيث ربط تبعة الهلاك بالتسليم في العقود الناقلة للملكية كالبيع والشركة ، ومن ثم تقع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم على البائع ولو كانت ملكيته قد انتقلت الى المشترى قبل الهلاك (٢) . فالعبرة

---

(١) Marty et Raynaud , Droit Civil , t. 2, Vol 1 , n.291.

Mazeaud et de Julgart , Leçons de droit Civil. t.2., n. 1120

Planiol et Ripert, Traité prat. de droit Civil, 2eme éd., t. 10, n. 10. par Hamel .

(٢) يتفق حكم القانون المدني مع الشريعة الاسلامية . الاعمال التحضيرية ٤ ص٧٥ . عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام البيع ، ١٩٨٤ ، ص٢١ . وقد تبني هذا الحكم مشروع القانون الموحد للبيع الدولي للمنقولات المادية ( م ١٠٩، ١١٠ من المشروع ) .

Mazeaud et de Julgart , op. cit.

ونفس الحكم في المادة ٩٧ من القانون الموحد الملحق باتفاقية لاهاى في أول يوليو ١٩٦٤ بصدد البيع الدولي ، والمادة ٦٦ من اتفاقية فيينا في ١٩٨٢/٤/١١ بصدد عقود البيع الدولي للبضائع والتي أقرها المشرع الفرنسي في ١٩٨٢/٦/١٠ والمقرر حلولها محل اتفاقية لاهاى لعام ١٩٦٤ .

بالتسليم الذى يتم به نقل الحيازة (١) . فاذا انتقلت الحيازة الى المشترى بالتسليم كان الهلاك عليه ولو لم تنتقل اليه الملكية (٢) .

## (ب) أثر شرط الاحتفاظ بالملكية على تبعة هلاك المبيع

يربط القانون الالمانى تبعة الهلاك بالتسليم . ويؤدى شرط الاحتفاظ بالملكية الى تمكين المشترى من تسلم المبيع والانتفاع به قبل سداد كامل الثمن . ويتحمل المشترى فى مقابل ذلك ، تبعة هلاك المبيع منذ يوم تسلمه ( ٤٤٦$ وما بعدها ) (٣) .

ونرى نفس الحكم فى القانون المصرى حيث العبرة فى تحديد تبعة الهلاك تكون ، كما رأينا ، بالتسليم دون الملكية . لا يثير تطبيق ذلك المبدأ أية صعوبة فى حالة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية اذا هلك المبيع الذى يحتفظ البائع بملكيته قبل تسليمه للمشترى تحمل البائع تبعة هذا الهلاك (٤) ، وينفسخ البيع ويسقط التزام المشترى بدفع الثمن ، يمكنه استرداد ما دفعه ويمتنع عن دفع ما تبقى منه .

---

(١) والمقصود هو التسليم القانونى لا التسليم الفعلى ، أى وضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولى عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك . وتنتقل تبعة الهلاك كذلك بالتسليم الحكمى أى بتراضى للتبايعان على اعتبار - التسليم قد تم اذا كان المبيع فى حيازة المشترى او استبقى البائع المبيع فى حيازته بعد البيع لسبب أخر غير الملكية ( م ٤٣٥) . ويتحمل المشترى تبعة الهلاك قبل التسليم اذا كان البائع قد اعذره لتسلم المبيع ( م ٤٣٧ ).

(٢) كما فى حالة بيع العقار بعقد غير مسجل .

(٣) Stumpf, L'experience Allemande de la réserve de propriété , in Idées nouvelles dans le droit de la faillite ... université de Louvain, Bruxelles 1969.

(٤) مع ملاحظة التحفظات التى ابديت فى القواعد العامة بصدد سبب الهلاك ، والتسليم ، واعذار المشترى . ما سبق ص ٨٩ .

والعكس صحيح اذا كان المبيع قد تم تسليمه فعلاً (١) ، رغم احتفاظ البائع بملكيته ، وهلك فانه يهلك على المشترى لا على البائع ، ويظل ملتزماً بدفع كامل الثمن ، ولا يكون له استرداد ما دفعه .

يذهب البعض ، مع ذلك ، الى أن المبيع يهلك على البائع ، حتى لو كان قد سلمه الى المشترى فهلك بعد التسليم لان البيع بالتقسيط هو بيع معلق على شرط واقف ، تنتقل فيه ملكية المبيع معلقة على هذا الشرط . ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ . ومن المقرر ، فى هذا النوع من البيوع ، أن الهلاك يكون على البائع ولا يكون لتحقق الشرط الواقف أثر رجعى وفقاً للقواعد المقررة فى الشرط (٢).

ويستشهد هذا الرأى بحكم لمحكمة النقض قضت فيه بأنه : « متى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن الأول اجر الى الطاعنين الثانى والثالث السيارة التى صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة الى المستأجرين بعد دفع كل الاقساط - عقد اجارة بيع - وكان الحكم المطعون فيه ان حمل ذلك الطاعن المسئولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثانى والثالث قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصاً سائغاً من نصوص العقد من أنه مازال وقت الحادث مالكاً للسيارة وله بمقتضى العقد حق الاشراف والرقابة على من كان يقودها وقت ذلك وتسبب بخطئه فى وقوعه ، كان هذا الذى أورده الحكم كافياً لحمله مؤدياً الى ما انتهى اليه ومن ثم يكون النعى عليه بالقصور على غير أساس» (٣) .

---

(١) وينبغى الاشارة الى نص المادة ٩٤ تجارى مصرى القاضى بأن « البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك » .

(٢) السنهورى ، جـ ٤ ، فقرة ٩٢ ، ص ٢٢٦ هـ ١ .

(٣) نقض ١٩٥١/٥/٢٤ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض خلال ربع قرن . قاعدة رقم ٤٢ ص٩٧٤.

ولنا أن نبدى على هذا الرأى عدة ملاحظات :

أولاً : ان نقطة البداية لديه هى اعتبار البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بيعاً معلقاً على شرط واقف . وهذا التكييف منتقد واصبح مهجوراً فى كل من الفقه والقضاء كما سنرى (١) .

ثانياً : يخالف الرأى المذكور حكم المادة ٤٣٧ مدنى التى تربط صراحة تبعة هلاك المبيع بالتسليم بغض النظر عن انتقال الملكية .

ثالثاً : يتعارض هذا الرأى مع القواعد العامة فى الشرط التى يؤدى اعمالها الى انتقال الملكية إلى المشترى من وقت التعاقد ، اعمالاً للأثر الرجعى للشرط ، وليس من وقت الوفاء بالثمن .

رابعاً : يتعلق حكم النقض المذكور بالمسئولية الشيئية القائمة على فكرة الحراسة ، وتنقطع صلته بتحديد تبعة الهلاك ، ومن ثم لا مجال للاستشهاد به فى هذا المقام .

وبالنسبة للقانون الفرنسى :

يؤدى ارتباط تبعة الهلاك بالملكية الى نتائج مخالفة لتلك التى رأيناها فى القانون المصرى فى حالة البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، يظل البائع ، كقاعدة عامة ، متحملاً تبعة هلاك المبيع ، طوال فترة الاحتفاظ بالملكية ، سواء قبل أو بعد تسليمه للمشترى (٢) .

لا يثير تطبيق تلك القاعدة أية صعوبة فى حالة هلاك المبيع المحتفظ بملكيته قبل تسليمه للمشترى سواء تعلق الامر بمنقول معين بالنوع أو معين بالذات أو فى مرحلة التصنيع ، حيث لا يغير شرط الاحتفاظ بالملكية شيئاً من حكم القواعد العامة . فالشيء المعين بالنوع لا تنتقل ملكيته الى المشترى ، من حيث المبدأ ، إلا بالافراز

---

(١) ما يلى ص٢٢١ .

(٢) Breitenstein, La Clause de reserve de propriété et le risque d'une perte fortuite de la chose vendue, R. d. Com. 1980, P. 43.

( م ١٥٨٥ مدنى فرنسى ) ، ويتم ذلك عملاً عند التسليم . وتثور الصعوبة فى حالة هلاك ذلك الشىء بعد الافراز أو اثناء الطريق . فبينما يتحمل المشترى ، فى البيع العادى ، تبعة الهلاك بوصفه مالكاً للمبيع منذ لحظة الافراز (١) ، فان البائع هو الذى يتحمل ذلك فى حالة احتفاظه بملكية المبيع . ونفس الحكم فى حالة البيع الوارد على شىء معين بالذات حيث يتحمل البائع تبعة هلاكه لاحتفاظه بملكيته (٢) ، بخلاف الحال فى البيع العادى حيث يتحمل المشترى تلك التبعة بمجرد العقد لأن الملكية تنتقل اليه منذ ذلك الحين . أما عن الشىء فى مرحلة التصنيع ، فان ملكيته ، كقاعدة عامة ، لا تنتقل الى المشترى الا بتمام صنعه (٣) ، ومن يم يتحمل البائع تبعة هلاكه ، فى مرحلة التصنيع ، بوصفه المالك له . أما اذا اشترط المشترى تملكه للشىء أثناء فترة التصنيع ، فإنه يتحمل تبعة هلاكه (٤) .

ولا يتأثر مبدأ تحمل البائع لتبعة هلاك المبيع المحتفظ بملكيته بانتقال حيازته الى المشترى حيث لا يؤثر التسليم على المبدأ المذكور . وهذا ما ذهب اليه بالفعل القضاء الفرنسى على الرغم من امتعاض البعض من تلك النتيجة ، حيث يصعب القول باستمرار تحمل البائع لتبعة هلاك المبيع بالرغم من قيامه بتنفيذ التزامه بتسليمه للمشترى للانتفاع به ، وفقده كل سيطرة عليه . لذا حاول هذا البعض أن

---

(١) انظر المادة ١٠٠ تجارى فرنسى التى نقل عنها المشرع المصرى حكم المادة ٩٤ تجارى . ما سبق ص ٩٢ .

R. Juan- Bonhomme , Le transfert des risques dans la Vente de meubles Corporels, thèse, Montpellier 1978, P. 159 S.

(٢) Com. 10 oct. 1982, D. 1983. IR 482- Metz 29 oct. 1980, J.C.P. 1981.11. 19615 , obs, Ghestin.

(٣) انظر ما سبق ص ٢٧ .

(٤) Mousseron, la Clause de reserve de propriété , Cahiers de droit de l'entreprise 1980, n. 4, P.1

يستشف من مجموع نصوص عقد البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية اتجاه ارادة الاطراف ضمناً الى نقل عبء المخاطر على عاتق المشترى (١) . ولكن محكمة النقض رفضت صراحة ذلك الاتجاه وقررت بقاء تبعة الهلاك على عاتق البائع المحتفظ بملكية المبيع (٢) ، ما لم يوجد اتفاق مخالف .

لذا يجرى العمل على حرص البائع على تضمين عقد البيع شرطاً يقضى بتحميل المشترى عبء هلاك المبيع منذ لحظة تسلمه رغم عدم تملكه اياه وذلك تفادياً لمساوىء تطبيق القضاء للقواعد السابقة التى تعتبر ، لحسن الحظ ، ذات طبيعة مكملة (٣) ، ولا تتفق مع قواعد العدالة التى يفصح عنها الواقع العملى . ومن هنا تبدو بجلاء منطقية اتجاه المشرع المصرى نحو ربط تبعة الهلاك بالتسليم .

والواقع إن قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الصادر لتنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية لم يتضمن جديداً فى هذا الصدد ، ومن ثم تبقى القواعد العامة على ما هى عليه . ولكن هذا القانون من شأنه أن يضفى على المسألة أهمية خاصة حيث يشجع على انتشار الشرط المذكور وما يستتبع ذلك من تناقض متزايد فى العمل نتيجة الفصل بين تحمل تبعة الهلاك وحيازة المبيع والانتفاع به (٤) . وليس من شأن تلك النتيجة حث المشترى على العناية بالمبيع والمحافظة عليه نظراً لبقاء تبعة هلاكه

---

(١) T. de Strasbourg le 30 avr. 1975, note Y. Guyon, D. 1980, P. 138 Cour de Calmar le 14 Oct. 1977 note J. Ghestin J.C. P. 1981.11.19615.

(٢) Cass . 20 nov. 1979, Bull. Civ. IV, n.300, D. 1980. 571 obs. B.A.

(٣) R. Juan, Conseils pour la rédaction d'une Clause de reséerve de propriété, Gaz. Pal., 8 Jan. 1981, P.5.

(٤) Amiens, 10 jan. 1974, D. 1974. 363; R. D. Com. 1975. 166 note Hémard.

T.C. Valencienne, 30 nov. 1956, Gaz. Pal. 1957.1.461.

على عاتق البائع المحتفظ بملكيته . ولعل ما يخفف من حدة تلك النتيجة هو مبدأ مسئولية المشترى عن هلاك المبيع الناجم عن تقصيره . وتظل تبعة الهلاك بقوة قاهرة على عاتق البائع ولا يستطيع التخلص من تلك التبعة الا باثبات خطأ المشترى كسبب فى هلاك المبيع ، كما لو قام بوضعه فى مكان غير ملائم له (١) .

وهكذا فان شرط الاحتفاظ بالملكية وان كان يقى البائع مخاطر عدم استيفاء الثمن الا انه يعرضه لمخاطر تحمل تبعة هلاك المبيع الموجود فى حيازة المشترى ، لذا فان البائع يحرص على تفادى ذلك العيب من خلال تكملة الشرط المذكور بشرط اضافى يلقى بمقتضاه تبعة هلاك المبيع مباشرة على عاتق المشترى . ولا شك فى صحة هذا الاتفاق لان الامر لا يتعلق بالنظام العام ، بل ان البائع يشترط على المشترى ، أحياناً ، ابرام تأمين خاص على البضاعة لصالح مالكها (٢).

---

(١) Com. 19 mars 1963, R.T.D. Civ. 566, obs. Cornu

(٢) R.Juan, op. cit.

# الفصل الثالث

## مصير شرط الاحتفاظ بالملكية

يتوقف مصير شرط الاحتفاظ بالملكية على الهدف من وجوده فى عقد البيع . يتمثل ذلك الهدف غالباً ، فى ضمان استيفاء الثمن المؤجل أو الاقساط المتبقية منه . لذا يختلف حكم الشرط قبل حلول موعد الوفاء بالثمن عنه بعد حلول هذا الموعد . ونعرض لتلك الاحكام بداية فى كل من القانونين الفرنسى والمصرى ثم نفرد ، فى النهاية عنواناً مستقلاً للقانون الالمانى .

### حكم الشرط قبل حلول موعد الوفاء بالثمن :

١- البيع مع الاحتفاظ بملكية المبيع هو بيع بات تام ينتج كافة آثار البيع العادى حيث يلتزم البائع بالتسليم وبالضمان ويلتزم المشترى بالتسلم ودفع الثمن ونفقات العقد طبقاً للآجال المتفق عليها . وكل ما فى الامر أن الالتزام بنقل الملكية يتراخى تنفيذه الى حين سداد كامل الثمن . فالبيع ليس موقوفاً على شرط الوفاء بالثمن وانما المعلق على هذا الشرط هو انتقال الملكية فقط . إن عقد البيع يرتب كافة آثاره الشخصية بمجرد ابرامه . أما الاثر العينى أى نقل الملكية فيتخلف عند الابرام ويتوقف على سداد كامل الثمن (١) .

يحتفظ البائع ، قبل استيفاء الثمن ، بملكية المبيع رغم تسليمه للمشترى الذى يعتبر مجرد واضع يد أو حائز عرضى ليس له ، نظرياً ، سلطة استعماله أو التصرف فيه ، الا أنه يستعمله ، بحكم مركزه الواقعى من جهة واستناداً الى الغاية الضمنية من البيع أو الى الشروط الاضافية الواردة فيه من جهة أخرى (٢) . ولا يستطيع المشترى التصرف فى المبيع .

---

(١) انظر تفصيل ذلك الباب الخاص بالطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية .

(٢) وقد رأينا أن البائع يتحمل تبعة هلاك المبيع فى القانون الفرنسى، بينما يتحملها المشترى الذى تسلم المبيع فى القانون المصرى والالمانى . ما سبق ص ٩١ .

أوتحـويله أو ادراجـه ضـمن شـىء آخـر ، كل ذلـك مـا لـم يـوجـد اتفـاق مخالف بطبيعة الحال (١) .

يتـوقف مصـير الـشرط ، بعـد حلول الأجل ، فى حـقيـقة الامـر ، على قيام المشـترى بالفواء بالثمن من عدمه .

**وفاء المشـترى بالثمن :**

اذا تم سـداد كامل الثمن انتـقلت ملكية المبيع الـى المشتـرى بأثر رجـعى مـن وقت ابرام البـيع . وتـصبح التـصـرفـات التـى صـدرت من المشـترى نافذة منذ البداية ، أى انه يعـتبر مـالكاً للشـىء وقت أن تصرف فيه بالبيع أو الرهـن مثلاً . وتنتقل ملكيته الى المشـترى الثانى أو ينشأ حق الرهـن للدائن المرتهن من وقت التـعـاقـد مع المشـتـرى الأول . وتصبح ثمرات المبيع ملكاً للمشـترى منذ ابرام البيع (٢) .

يثور التسـاؤل ، فى هذا الصـدد ، حـول المقصود بالوفـاء بالثمن . تخـضـع المسألـة لقواعـد الوفـاء بالالتزام بصـفـة عامـة وبوفـاء المشـتـرى بثمن المبـيع بصـفة خاصة ، كل ذلك ما لم يوجد عرف أو اتفـاق مـخالف نظراً لعدم تعلق الموضـوع ، فى الأصـل ، بالنظام العام .

تبدو أهـمية واقـعة الوفـاء بالثمن من خـلال ارتباطهـا بواقعـة أخرى أكـثـر أهمية وخطورة الا وهـى انتقـال الملكيـة حـيث تتـحـدد لحظة هذا الانتـقال بتـمام سـداد الثمن . يلتـزم المشـترى بدفـع الثـمن المتفق عليه بالشـروط التى يقررها العقد ويتحمل نفقات الوفاء وفقاً للقواعد العامة

---

(١) انظر تفصيل ذلك ما سبق فى الفصل الاول والثانى من هذا الباب .

(٢) تقرر مـحكمة النـقض ان مؤدى المادة ٢/٤٥٨ مـدنى ان من آثار عقـد البيع نقل منفعة المبيع الى المشترى من تاريخ ابرام البيع ، فيـمتلك الثمرات والثمار فى المنقـول والعقـار على السـواء ، مـادام المبيع شـيـئاً مـعيناً بالذات من وقت تمام العقد . نقض ١٩٧٢/٢/١٧ المجموعة س٢٣ ص١٨٣ .

انظر المادة ٢/١٦٤ مدنى فرنسى .

Mazeaud par de Julgart, op. cit. n. 939

لانه هو المدين به . ويكون الثمن مستحق الوفاء فى مكان وزمان تسليم المبيع . فاذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به فى موطن المشترى وقت استحقاق الثمن . كل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف (١) .

والجدير بالذكر ان الوفاء بالثمن يتم فى الاصل ، بالطريق العادى ، إلا انه يمكن ان يتم من خلال العرض والايداع ، طبقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن (٢) ، اذا وجد سبب يدعو الى ذلك (٣) ، كامتناع البائع عن استلام الثمن حتى يؤخر نقل الملكية .

ومن المقرر ان مجرد تحرير شيك بالثمن لا يعنى الوفاء به . فالوفاء لا يتم الا بتحصيل البائع لقيمة الشيك(٤) . ومن ثم فان ملكية المبيع تنتقل الى المشترى فى الوقت الذى يتم قيد قيمة الشيك فى حساب البائع . ويصبح المشترى بذلك حراً فى التصرف فى المبيع ، كل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف .

ويجرى العرف التجارى بالفعل على عكس ذلك حيث يتحرر

---

(١) المواد ٤٥٦، ١/٤٥٧ مدنى مصرى . مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص١٤٠
Mazeaud par de Julgart, op. cit. n. 931 , 934.

(٢) المواد ٣٣٨ : ٣٤٠ مدنى مصرى .

(٣) نقض ١٩٦٦/١١/١٥ المجموعة س ١٧ ص١٦٨٨.

(٤) Pedamon, Enç. Dalloz, D. Com. V. paiment n. 42-Req. 21 mars 1932, D.P. 1933.1.65- Vasseur et Marin, Le Chéque, éd. Sirey 969, T2,n.158 et s.

وتقرر محكمة النقض بأن وفاء الدين الاصلى بطريق الشيك هو وفاء على شرط التحصيل . وان مجرد سحب الشيك لا يعتبر وفاء مبرئاً لذمة صاحبه ، إذ ان الالتزام المترتب فى ذمة المدين لا ينتفى الا بقيام المسحوب عليه بصرف قيمة الشيك . نقض ١٩٧٦/١١/٢٩ المجموعة س٢٧ ص١٦٩٨ ، ١٩٦٤/١١/١٢ المجموعة س١٥ ص١٠٢٨.

والجدير بالذكر ان المادة ٦٢ من قانون ١٩٣٥/١٠/٣٠ ( فرنسى ) ، الصادر بصدد توحيد قانون الشيك ، تقضى بأن قبول الدائن للشيك كأداة وفاء ليس من شأنه تجديد الدين . ويظل ، بالتالى ، الدين الاصلى قائماً بكل الضمانات المرتبطة به حتى صرف قيمة الشيك .

انظر المادة ٣٥٤ مدنى مصرى . السنهورى جـ ٣ ص٩٨١ ، القضاء المشار اليه

المدين من الدين بمجرد تسليم الشيك أو ارساله (١) . وتنتقل بذلك ملكية المبيع الى المشترى وتكون له حرية التصرف فيه أنذاك . وتثور فى هذه الحالة ، العديد من الصعوبات ، اذا تبين عدم وجود رصيد للشيك . للبائع الحق فى استرداد البضاعة الموجودة بحالتها العينية فى حوزة المشترى (٢) . فاذا كان الاخير قد تصرف فيها وقبض الثمن . فان البائع لا يكون امامه سوى الرجوع عليه كدائن عادى ضمن جماعة الدائنين فى حالة الافلاس . اما اذا كان الثمن مؤجلاً كان للبائع الاصلى الحق فى الرجوع على المشترى الثانى (٣) .

تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن :

اذا تخلف المشترى عن سداد الثمن فى الموعد المحدد لا تنتقل اليه ملكية المبيع ، بل تظل الملكية للبائع منذ البداية ، وله أن يمتنع عن تسليم المبيع الى المشترى ، والاحتفاظ بما يكون قد تقاضاه من اقساط الثمن على سبيل التعويض اذا كان هناك شرطاً بهذا المعنى ويخضع لرقابة القضاء بطبيعة الحال (٤) .

اما اذا كان المبيع قد تم تسليمه الى المشترى ، فإن البائع يكون بالخيار بين عدة أمور :

الأول : التمسك بفسخ البيع واسترداد المبيع مع الحق فى التعويض طبقاً للقواعد العامة .

ويشمل التعويض الضرر الناجم عن الاخلال بتنفيذ الالتزام

---

(١) Ripert, Durand et Rablot, op. cit. P. 366.

(٢) انظر ما يلى ص ١٣٤ حيث لا يجوز الاسترداد فى القانون المصرى ، فى حالة افلاس المشترى ، وذلك بخلاف الشرع الفرنسى والالمانى ١٠٩ .

(٣) انظر ما يلى ص ١٧٢ .

(٤) انظر ما يلى ص ١٠٣ .

وقيمة المبيع ، فى حالة استحالة الرد ، سواء لهلاكه أو تغير حالته العينية أو تعلق حق الغير حسن النية به .

ويذهب البعض الى أن البيع يعتبر كأن لم يكن ، ويزول بقوة القانون دون حاجة الى حكم قضائى بسبب تخلف الشرط الواقف المتمثل فى الوفاء بالثمن (١) . والسائد فقهاً وقضاءاً أنه يجوز للبائع طلب فسخ البيع من المحكمة التى يكون لها سلطة تقديرية فى الحكم به متى تحققت من حصول المخالفة الموجبة له (٢) . فالفسخ يجب طلبه من المحكمة الا اذا كان الطرفان قد اتفقا فى عقد البيع على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم فى حالة تأخر المشترى عن سداد الثمن (٣) . يتفق ذلك الاتجاه ومراد الشارع الواضح من صريح نص المادة ٢/٤٣٠ مدنى والاعمال التحضيرية (٤) . ويتمشى كذلك مع حكم القواعد العامة التى تقضى بعدم الفسخ الا بقضاء القاضى ما لم يوجد نص أو اتفاق صريح (٥) .

الثانى : يستطيع البائع التمسك بالعقد ويطالب بتنفيذه ، بدلاً من المطالبة بفسخه ، فيقتضى من المشترى ما بقى فى ذمته من الاقساط (٦) . غير أنه اذا حجز البائع على المبيع للتنفيذ بباقى الثمن كان ذلك تنازلاً منه عن حقه فى الاحتفاظ بالملكية المنصوص عليه فى

---

(١) السنهورى جـ ٤ ص٢٢٢

(٢) عبد المنعم البدراوى ١٩٥٧ ، رقم ٦١ ، منصور مصطفى منصور ١٩٥٦ ، ص ٢١ ، سليمان مرقس ص١١٢ – نقض ١٩٦٢/٢/٨ المجموعة س١٣ ص١٩٦.

(٣) انظر بحثنا « دور القاضى ازاء الشرط الصريح الفاسخ » .

(٤) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩.

(٥) سليمان مرقس ، فقرة ٢٥٧ .

(٦) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص٤٩ – استئناف مختلط ١٩٣٦/١٢/٢٣ م٤٩ ص٤٦.

العقد (١) . ويعد هذا النزول باتاً لا رجوع فيه .. فلا يجوز له بعد ذلك التمسك بملكية المبيع تمهيداً لاسترداده (٢) . فلا يجوز الجمع بين اجراءات التنفيذ واجراءات الفسخ فى وقت واحد (٣) . فاذا اختار البائع تنفيذ الحكم بالباقى من الثمن لم يجز له الرجوع الى المطالبة بفسخ البيع (٤) ، على أن مجرد حصوله على حكم بالباقى من الثمن لا يفيد حتماً نزوله عن شرط استبقاء الملكية (٥) ، ولا يعتبر التنبيه حتماً نزولاً عن طلب الفسخ ، فللبائع العدول عن التنبيه بالدفع الى طلب الفسخ (٦) . ويكون للبائع ، عند التنفيذ ، أن يستوفى حقه من قيمة المبيع ، طبقاً للامتياز المقرر له ، بالأولوية على غيره من الدائنين .

الثالث : الحق فى استرداد المبيع مباشرة باعتباره المالك له . ونكون ، فى هذه الحالة أمام دعوى استحقاق يطالب فيها المالك بملكية المبيع التى يظل محتفظاً بها رغم تعاقده عليه بالبيع . ولا يستطيع المشترى التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول لتخلف كل من السبب الصحيح ( فعقد البيع لم ينقل الملكية ) وحسن النية . يتعطل هذا الحق فى القانون المصرى فى حالة افلاس المشترى حيث لا يكون أمام البائع سوى الدخول كدائن عادى ضمن جماعة الدائنين ، وذلك بخلاف الحال فى كل من القانونين الالمانى والفرنسى حيث يجوز للبائع

(١) استئناف مختلط ١٩٤٧/١/١٦ م٥٩ ص٤٦.

(٢) بنى مزار الجزئية ١٩٣٩/١١/٨ المحاماة س٢٠ ص١٠٣٢ ، الاسكندرية ١٩٤٠/١٢/١٥ المحاماة س٢١ ص٩٢٨ ( مشار اليهما فى سليمان مرقس ص ١١٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٩٣٤/١١/٢٠ م٤٧ ص٣٠.

(٤) استئناف مختلط ١٩٣٤/٢/٦ م ٤٦ ص١٥٦.

(٥) استئناف مختلط ١٩٣٠/٥/٢٧ م٤٢ ص٥٢١.

(٦) استئناف ١٩٣٦/٤/٢٣ م٤٨ ص٢٤٠ ( مشار اليه والاحكام السابقة فى السنهورى جـ ٤ ص٢٢٣) .

التمسك بحقه قبل جماعة دائنى المشترى (١) . ويثور التساؤل ، فى هذا المقام ، حول مصير عقد البيع فى حالة استرداد المبيع أى العلاقة بين طلب الاسترداد وفسخ البيع . يربط الفقه والقضاء فى مصر ، كما رأينا ، بين الاثنين حيث لا يجوز الاسترداد الا بعد الحكم بالفسخ . يختلف الامر فى المانيا ، ويثير الكثير من الجدل فى فرنسا كما سنرى (٢) .

## تعزيز شرط الاحتفاظ بالملكية بالشرط الجزائى :

لتعزيز ضمان البائع فى استيفاء حقه من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية يتضمن العقد ، عادة ، شرطاً اضافياً مؤداه لحقيه البائع ، فى حالة الفسخ بسبب التخلف عن الوفاء بالثمن ، فى الاحتفاظ ، على سبيل التعويض ، بجزء أو بكل الاقساط المدفوعة من الثمن . يجيز المشرع مثل هذا الاتفاق ويعتبره بمثابة شرط جزائى تجرى عليه احكامه (٣) . ويترتب على ذلك :

١- اذا تم فسخ البيع بعد استيفاء البائع جزءاً يسيراً من الاقساط ، جاز للقاضى الحكم له به على سبيل التعويض . إما اذا كان قد تم الوفاء بأكثر الاقساط ، جاز للقاضى الحكم على البائع برد جزء منها والاحتفاظ بالآخر كتعويض مناسب عن الفسخ (٤) .

---

(١) انظر ما يلى ص ١٠٩.

(٢) انظر ما يلى ص ١٥٣.

(٣) م ٤٣٠/٢ ، ٢٢٤ مدنى مصرى ، ١٢٣١ مدنى فرنسى وقانون ٩ يوليو ١٩٧٥ .

(٤) مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص٤٩ .

P. Merle, l'interprétation juris prudentielle de la Clause de resérve de propriété, R.Banque, 1988. 644- H.Le Dauphin , la Clause de réserve de propriété dans la juris prudence de la Cour de Cassation, en Rapport de la Cour de Cassation 1988. 125.

٢- ليس للقاضى تطبيق الفقرة الاولى من المادة ٢٢٤ مدنى مصرى التى تقضى بأنه « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أى ضرر» ، ذلك ان المشرع احال فى المادة ٤٣٠ مدنى الى الفقرة الثانية ، أى أن الاحالة تقتصر ، فى هذا المقام على حكم تلك الفقرة فقط . ومن ثم لا يجوز للقاضى اعفاء المشترى من التعويض بدعوى عدم تحقق الضرر . فالمشرع بذلك يكون قد افترض وقوع ضرر وقصر سلطة القاضى على تقديره فقط والحكم بالتعويض الملائم له . ومن ثم يكون استحقاق البائع لبعض او كل الاقساط المدفوعه أمراً غير مقيد باثبات حصول ضرر من الفسخ ، بل ان البائع يستحق ذلك ، طالما وجد اتفاق صريح فى العقد ولو لم يثبت حصول الضرر (١) .

٣- ان سلطة القاضى فى تخفيض الشرط الجزائى أمر يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على استبعاد تلك السلطة . ويبطل كل اتفاق مخالف فى هذا الصدد طبقاً لصريح نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٤ . ولا يقال ان المشرع اقتصر على الاحالة الى الفقرة الثانية فقط لان حكم الفقرتين الاولى والثانية متعلق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز استبعاد ايهما بالاتفاق ، ويجوز الاستبعاد من قبل المشرع وحده كما فعل بالنسبة للفقرة الأولى .

## مصير شرط الاحتفاظ بالملكية فى القانون الالمانى :

ان قوة شرط الاحتفاظ بالملكية وفعاليته فى مضان حق البائع فى كل من القانون الفرنسى والالمانى تكمن فى مكنه استرداد المبيع ، الذى لم يتم الوفاء بثمنه ، بصفة عامه ، وفى حالة افلاس المشترى بصفة خاصة . ينقضى دور الشرط ، فى هذا الصدد ، وتنتهى فعاليته فى الاسترداد اذا قام المشترى باعادة بيع البضاعة أو تحويلها أو ادماجها

---

(١) سليمان مرقس ص ١١٢.

ضمن مواد أخرى (١) . ولتفادى تلك النتيجة يحرص الموردون ، بصفة خاصة فى حالة البضاعة المعدة للاستغلال ، على اشتراط تأمينات بديلة : مثل اشتراط حوالة الحقوق الناجمة عن اعادة بيع البضاعة للبائع الاصلى (٢) ، واشتراط الحلول العينى أي حلول البضاعة المحولة أو المندمجة محل البضاعة الاصلية فى ضمان حق البائع فى الثمن أى ان شرط الاحتفاظ بالملكية يمتد الى تلك البضاعة الجديدة ويكون للبائع الحق فى استردادها استيفاءاً لحقه فى الثمن (٣) .

ولكن الطريق الطبيعى لانقضاء شرط الاحتفاظ بالملكية هو الوفاء بالثمن . ويتوقف تحديد تاريخ وجوب الوفاء بكامل الثمن على عدة عوامل منها : عادات وعرف المهنة ، الحالة الاقتصادية بصفة عامة ، الآجال التى يتم الاتفاق عليها بين الاطراف بصفة خاصة ، إلا أنه مما يستوجب النظر فى هذا المقام (٤) :

**أولاً** : ان فكرة الوفاء النقدى تؤخذ بمدلول واسع فى نطاق العمل التجارى الالمانى ، فهى تمتد لتشمل كل وفاء يتم خلال الفترة التى يحددها المورد عادة . وتتراوح هذه الفترة ، بحسب نوع المهنة ، من عشرة الى ثلاثين يوماً .، ويبدأ بعد ذلك ائتمان المورد . ومن ثم ينبغى التحفظ فى قبول القول بارتفاع نسبة الوفاء النقدى فى الحياة التجارية الالمانية ، حيث يجب الاخذ فى الحسبان ان جانباً كبيراً من هذا الوفاء يتضمن قدراً من الائتمان .

**ثانياً** : ان الوفاء النقدى المباشر أو الذى ينبغى اتمامه بصورة اسرع ، يكون مصحوباً ، فى الغالب ، بنوع من الخصم أى تخفيض الثمن المحدد أصلاً للبضاعة . وتختلف نسبة الخصم بحسب المهنة

---

(١) انظر تفصيل ذلك ما يلى ص ١٣٤ ، ١٧٠.

(٢) انظر ما يلى ص ١٩٠ .

(٣) انظر ما يلى ص١٤٥ .

(٤) M. Pédamon, R. Jur. Com., op. cit

ونوع النشاط (١) . وتكون هذه النسبة عادة أفضل من معدل فائدة البنك . وتكمن ميزة هذا النظام فى خلق نوع من المنافسة بين هذين من مصادر الائتمان التى تغذى الاقتصاد الالمانى . ويكون المصدرين للتجار والصناع ، فى هذه الحالة ، مصلحة فى الاقتراض من البنوك للوفاء بثمن البضاعة الموردة لهم نقداً ، للاستفادة من الخصم المشار اليه . والواقع انهم يلجأون بطريقة آلية الى هذا الاجراء ، مما يدل ليس فقط على بقاء ائتمان الموردين بل وتزايده المستمر .

وجدير بالذكر ، فى النهاية ، أنه يترتب على تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن أحقية البائع فى فسخ العقد بارادته المنفردة واسترداد المبيع . ويلتزم ، كقاعدة عامة ، برد الاقساط التى تقاضاها من الثمن مع أحقيته فى طلب التعويض عن الاضرار التى حلت به بسبب نقص قيمة البضاعة وفسخ البيع . ويزداد الحق فى التعويض قوة بوجود شرط جزائى فى العقد يقضى باحتفاظ البائع بالاقساط المدفوعه من الثمن على سبيل التعويض (٢) طبقاً للقواعد السابق عرضها فى القانونين الفرنسى والمصرى .

---

(١) يصل الخصم الى ٣٪ ، مثلاً ، فى حالة الوفاء خلال عشرة ايام ، فى مجال صناعة الاثاث .

(٢) نفس المرجع .

# الباب الثانى

## آثار شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير

ان الدور التأمينى لشرط الاحتفاظ بالملكية فى ضمان الوفاء بالثمن لا يتمثل فقط فى حث المشترى على السداد كى يتحرر من القيود المفروضة عليه فى الانتفاع والتصرف فى المبيع ويجمع مكنات حق الملكية كاملة بين يديه ، بل يبدو كذلك فى نفاذ حق البائع قبل الغير ، أى حماية حقه فى مواجهة حقوق الغير . حيث تكمن أهمية الشرط المذكور وفعاليته فى امكانية الاحتجاج به على الغير ، سواء كان دائناً للمشترى المفلس ، او متصرفاً اليه فى المبيع ذاته . واخيراً فان شرط الاحتفاظ بالملكية نفسه يمكن أن ينتقل الى الغير على سبيل الضمان .

يتضح من ذلك أن معرفة آثار الشرط موضوع البحث فى مواجهة الغير تقتضى منا التعرض للنقاط الثلاث الآتيه : نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين ، أثر شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير المتصرف اليه ، انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية للغير على سبيل الضمان .

# الفصل الأول

## نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين

## (دعوي استرداد المبيع)

لا يجوز الاحتجاج كقاعدة عامة ، فى القانون المصرى ، بشرط الاحتفاظ بالملكية على جماعة دائنى المشترى ، بينما يجيز كل من المشرع الالمانى والمشرع الفرنسى الحديث للبائع الحق فى التمسك بالشرط المذكور فى مواجهة هذه الجماعة ، ويمكنه بالتالى استرداد المبيع الذى لم يستوف ثمنه ، حتى مع صدور حكم بشهر افلاس المشترى .

يجوز التقدم بطلب استرداد المبيع سواء اكان المشترى خاضعاً للتسوية القضائية أو تصفية الاموال أو كان يتمتع بوقف مؤقت للمخاصمات Suspension provisoire des poursuites ، لأن الاسترداد ليس من هذا القبيل (١) .

نلقى فى البداية نظرة عامة على الوضع فى القانون المصرى والقانون الالمانى والتطور الحديث فى التشريع الفرنسى ، قبل تناول أحكام دعوى الاسترداد التى نظمها هذا الاخير بالتفصيل .

---

(١) Axi en provence, 10 mai 1983, Gaz. pal. 1983.2.620, note Dureil.

# المبحث الأول

## مدي نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين في كل من القانون المصري والالماني والفرنسي

ان مكمن قوة شرط الاحتفاظ كوسيلة لضمان حق البائع في الثمن يأتى من امكانية استرداده للمبيع فى حالة تخلف المشترى عن الوفاء . لا يثير هذا الاسترداد صعوبة فى حالة بقاء المبيع ، بحالته العينية ، بين يدى المشترى المتقاعس عن الدفع . واذا تصرف المشترى فى المبيع كان تصرفه وارداً على ملك الغير ويجوز للبائع الاصلى استرداده من المتصرف اليه ، ما لم يكن المبيع منقولاً وحازه الاخير بحسن نية (١) . واذا حجز دائنو المشترى على المبيع كان للبائع رفع دعوى استرداد المبيع لأن ملكيته لم تنتقل بعد الى المدين المحجوز عليه (٢) .

تثور الصعوبة فى حالة توقف المشترى عن الدفع بسبب الافلاس حيث تتعارض مصلحة البائع فى استرداد المبيع مع مصلحة باقى الدائنين فى اعتباره أحد عناصر الذمة المالية للمشترى للتنفيذ عليه . نعرض للمسألة فى كل من القوانين الثلاثة على التوالى :

**الوضع فى القانون المصرى :**

يستقر الفقه والقضاء فى مصر على عدم الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة جماعة الدائنين . فاذا افلس المشترى قبل الوفاء كان المتبقى من الثمن ديناً فى التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائنى المشـــترى نظراً لأن امتياز البائع لا يسرى فى حق التفليسة من

---

(١) انظر ما يلى ص ١٧٠ .

(٢) اسكندرية الوطنية ١٩٣٨/٤/١٤ المحاماة س١٩ ص٨٤٦ ، ما سبق ص ٨٠ .

جهة ولا يكون له استرداد المبيع من التفليسة من جهة أخرى (١) وذلك استناداً الى نص المادة ٣٥٤ من التقنين التجارى التى تقضى إنه « اذا بيعت منقولات لأحد ثم اشهر افلاسه فلا يكون للبائع حق فى الدعوى بفسخ البيع ولا تجوز له اقامة الدعوى بالاسترداد الا فى الاحوال التى ستذكر بعد » . ولم يرد ، فى الفصل الخاص بالاسترداد ( المواد من ٣٧٦ الى ٣٨٩ ) ، حكم يجيز استرداد البائع للمبيع الذى احتفظ بملكيته فى عقد البيع .

يتم تفضيل مصلحة الدائنين على مصلحة البائع فى استرداد المبيع لأن الدائنين عولوا على هذا المبيع الذى تسلمه المشترى ودخل ضمن أصوله باعتباره أحد عناصر الضمان العام (٢). يؤدى ذلك بالضرورة الى اضعاف شرط الاحتفاظ بالملكية حيث يفقد جانباً هاماً من وظيفته التأمينيه فى ضمان حق البائع فى الثمن بالنسبة للبيع الوارد على المنقول ، وهو المجال الغالب لاعمال الشرط المذكور . أما اذا ورد الشرط فى التصرف المتعلق بالعقار وتم شهره فانه يسرى قبل الكافة .

**الوضع فى القانون الالمانى :**

يتمتع البائع المحتفظ بملكية المبيع بمركز قانونى قوى فى القانون الالمانى (٣) . لعل أهم مظاهر هذه القوة هو سريان شرط احتفاظه بملكية المبيع قبل جماعة الدائنين . فبالاضافة الى حقه فى معارضة الحجز الذى يوقعه دائنو المشترى على المبيع ، يكون للبائع حق سحبه

---

(١) السنهورى جـ ٤ ص٢٢٢ ، عبد المنعم البدراوى فقرات ١٨١،٦٢،٦١ ، مصطفى كمال طه ٤٦٥ ، حسنى المصرى ، القانون التجارى ، العقود التجارية ، دار النهضة العربية ١٩٨٨ ص٨٩ وما بعدها .

(٢) محسن سامى مدكور وعلى يونس ، الافلاس ، ١٩٦١ ، ص٣٦٩.

(٣) انظر ما سبق ص ٨٥ .

من تفليسة المشترى . يستطيع البائع مباشرة دعوى استرداد المبيع من تفليسة المشترى أو تسويته القضائية . ويجوز لمأمور التفليسة توقى الاسترداد بعرض الوفاء بالجزء المتبقى من الثمن المستحق .

واذا استخدم البائع حقه فى استرداد المبيع تعين عليه رد الاقساط التى تقاضاها من الثمن ، إلا أنه يستطيع المطالبة بتعويض عن استعمال المبيع وتدهور حالته وكذلك عن الاضرار الناجمة بسبب عدم تنفيذ العقد . والواقع انه ، باقرار الفقه الالمانى ، من شأن حق الاسترداد ، بالاضافة الى حقوق الاولوية المرتبطة بالتأمينات الواردة على المنقولات دون التخلى عن حيازتها (١) ، افراغ الجانب الايجابى من الذمة المالية للمشترى المفلس (٢) . وتسوف نعرض لمضمون وأحكام هذا الحق فى الاسترداد بمناسبة دراسة نظيره فى القانون الفرنسى .

### الوضع فى القانون الفرنسى السابق :

أمام خلو القانون الفرنسى من نص ينظم المسألة ، دأب القضاء على عدم جواز الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة جماعة الدائنين بمناسبة التسوية القضائية أو تصفية أموال المشترى (٣) . ومن ثم فإن بدء تلك الاجراءات الجماعية ضد المشترى كان يشكل عقبة هامة أمام اعمال الشرط المذكور (٤) ، ويفقد بالتالى جانباً كبيراً من أهميته كأداة ضمان . كانت المادة ٦٠ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧

(١) انظر ما سبق ص ٦٨.

(٢) M. Pédamon, op. cit .

(٣) Ripert, traité élémentaire de droit Commercial par Roblot, T. 11, 8eme éd. , n. 3145.

(٤) Mestre, De l'ancien sur la clause de résérve de propriété, Journ agrées, 982.205.

تحرم البائع من ممارسة حق الاسترداد المقرر فى المادة ٢١٠٢/٤ ، فى مواجهة جماعة الدائنين . وبالرغم من ذلك التشدد الواضح مع البائع لصالح الدائنين ، كان القانون المذكور يخوله مكنة الاحتفاظ بالمبيع أو استرداده فى حالات استثنائية هى : وجود المبيع فى حيازة البائع إى لم يسلمه بعد للمشترى ( م ٦٣) ، وجود المبيع فى الطريق الى المشترى ( م٦٢) ، فسخ البيع أورفع دعوى الفسخ قبل الحكم بشهر الافلاس ( م ٦١) .

سارت محكمة النقض الفرنسية فى نفس الاتجاه المتشدد مع البائع مقررة عدم أحقيته فى الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة جماعة دائنى المشترى (١) . تفضل المحكمة ، بذلك ، مصلحة الدائنين لانهم عولوا على اليسار الظاهر للمدين الذى ساهم المبيع فى قيامه ، اضف الى ذلك رغبتها فى تحقيق المساواة بين الدائنين بما فيهم البائع (٢) . ولكن محكمة النقض منحت البائع ، مع ذلك ، مكنة استرداد المبيع اذا كان قد أعرب بوضوح وبتصرف رسمى عن ارادته فى التمسك بالشرط الصريح الفاسخ المدرج فى العقد قبل الحكم بشهر افلاس المشترى (٣) .

**التطور التشريعى الحديث فى القانون الفرنسى :**

تدخل المشرع الفرنسى بالقانون رقم ٨٠-٣٣٣ فى ١٢ مايو

---

(١) Civ. 28 mars et 22 oct. 1934, D. 1934.1.151 note Vandamme, S. 1935, 1,337 note Esmein - Req 17 juill. 1895, D.1896.1.57, note Thaller.

(٢) Traller, Droit Commercial, Paris 1910, n. 1497- Com. 7 juill 1976, D. 1878. 70 note Honorat.

(٣) Com. 22 déc. 1975, D. 1976 . 22- 8 mai 1979 et 18 juin 1977, Gaz. Pal. 2.508.

١٩٨٠ مقرراً نفاذ شرط الاحتجاج بالملكية فى مواجهة جماعة دائنى المشترى (١) . عدل القانون المذكور المادة ٦٥ من القانون ٦٧-٥٦٣ الصادر فى ١٣ يوليو ١٩٦٧ لتصبح : « يمكن استرداد البضائع ، طالما بقيت على طبيعتها ، الموجودة لدى المدين سواء على سبيل الوديعة أو بقصد بيعها لحساب المالك . ونفس الشىء بالنسبة للبضائع التى بيعت مع اشتراط عدم انتقال ملكيتها الى المشترى الا بعد سداد كامل الثمن ، على أن يكون هذا الشرط قد تم الاتفاق عليه ، فى صورة مكتوبة ، بين الاطراف فى وقت لا يتجاوز لحظة تسليم المبيع (٢)» ومن ثم يستطيع البائع استرداد البضاعة ، التى احتفظ بملكيتها كتابة قبل التسليم ، الباقية على حالتها العينية ، اذا تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن . ويظل حق البائع فى الاسترداد قائماً حتى بعد صدور الحكم بشهر افلاس المشترى . ويخرج البائع بذلك من وطأة الدخول فى مزاحمة الدائنين لانه يتمكن عن طريق دعواه الخاصة من استرداد المبيع (٣) .

ويتضح من الاعمال التحضيرية للقانون الجديد (٤) ان المشرع لم يقصد تعديل القواعد العامة فيما يتعلق بنقل الملكية فى بيع المنقول ، بل اتجهت نيته فقط الى وضع حد للقضاء السابق الذى ينكر نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة دائنى المشترى المفلس . فالمادة ١٥٨٣ مدنى تبرز مبدأ الرضائية بتقريرها « ان البيع ينعقد باتاً بين

---

(١) J.C.P. 1980, 49868.

(٢) وهو نفس الحكم الذى كرسه قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ ، الخاص بالتقويم والتصفية القضائية للمشروعات ، فى المادة ١٢١.

(٣) F.Pérochon, La reserve de propriété dans la Vente de meubles Corporels., thèse, Litec, 1988, P. 199.

(٤) Rapport Rudloff au Sénat, Doc. n. 14 et 226 annex P.V. séance 10 oct. 1979, P.15- Rapport Millon, Ass. nat. n. 1492 au P.V., seance du 17 déc. 1979, P.10.

أطرافه وتنتقل الملكية بقوة القانون من البائع الى المشترى بمجرد التوافق على المبيع والثمن ، ولو لم يتم تسليم المبيع ودفع الثمن » ، أى ان الملكية تنتقل ، من حيث المبدأ ، بمجرد التراضى(١) ، إلا انه نظراً لعدم تعلق المبدأ السابق بالنظام العام يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفه كتأجيل نقل ملكية للمبيع الى وقت لاحق على ابرام العقد ، ومن ثم فان مشروعية شرط الاحتفاظ بالملكية لم تكن محل نقاش حتى فى حالة تسليم المبيع للمشترى (٢) ، بل ان هذا الشرط ينسجم مع الاتجاه الاجتماعى المتزايد فى القانون الفرنسى والمعارض لمبدأ اطلاق الرضائية فى عقد البيع ، والذى يتجه الى وجوب ربط نقل ملكية للمبيع بالوفاء الفعلى لكامل الثمن . يعد شرط الاحتفاظ بالملكية ضمانة للبائع فى مواجهة المشترى الذى يخاطر دون وعى ، بالاستدانه . اذ يمكن للبائع استرداد المبيع بمجرد تقاعس المشترى عن الوفاء بالثمن (٣) .

جاء التعديل التشريعى الحديث لصالح البائع ، الا انه أدى بطريقة غير مباشرة الى تعديل هام فى قانون الافلاس ، حيث اجاز للبائع ، الذى يحتفظ بملكية المبيع ، استرداده ، فى حالة تخلف المشترى عن الوفاء ، حتى بعد صدور حكم بالتسوية القضائية أو بتصفية أموال المشترى . ولا شك أن ذلك التعديل من شأنه أن يؤدى الى ازدهار شرط الاحتفاظ بالملكية وانتشاره عملاً فى عقود البيع ليصبح شرطاً دارجاً فيها (٤) .

---

(١) Carbonnier,l'influence du paiement du prix sur le transfert de la propriété dans la Vente , in travaux de l'univeristé de Bruxelles, T. VII, 1960 , P. 130

(٢) Planiol et Ripert, Traité de droit Civil, par Hamel , Givord et Tunc, T.X., 1956, n. 10.

(٣) Carbonnier, op. cit. P. 128.

(٤) Garcin et Thieffry , La Clause de reserve de propriété , Gaz. Pal. 1980, P. 193.

ويثور التساؤل ، فى هذا المقام حول الحكمة التى دفعت المشرع الى الخروج على القواعد العامة فى قانون الافلاس التى ترتكز اساساً على نظرية الوضع الظاهر ومبدأ المساواة بين الدائنين حيث يحق للدائنين التعويل على كل ما يوجد لديه من منقولات عند التعامل معه ، ومن ثم ادخالها ضمن الضمان العام لهم . ويبرز الفقه مجموعتين من الاسباب وراء هذا الخروج : الأولى ذات طابع اقتصادى أو مالى ، والثانية مستمدة من القانون المقارن :

**أولاً** : يؤدى التعديل الجديد الى تقوية شرط الاحتفاظ بالملكية وبالتالى تدعيم الائتمان والحد من حالات الافلاس ، ويستتبع ذلك بالضرورة الازدهار الاقتصادى وهبوط التضخم . يتضح ذلك من خلال الآثار السيئة للوضع السابق حيث كان عدم نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل دائنى المشترى المفلس سبباً لتعرض المشروعات لكثير من الصعوبات المالية ، حيث فقد الموردون ثقتهم فى جدوى هذا الشرط وقيمته وامتنعوا عن تزويد المشروعات بالبضائع اللازمة بالأجل مما أدى الى تعرضها لضائقات مالية بسبب نقص السيولة النقدية ، وتوالت بالتالى حالات الافلاس باثارها السيئة على الحياة الاقتصادية والاجتماعية (١) .

**ثانياً** : أصبح القانون الفرنسى ، بصدد هذه المسألة ، فى معزل عن جيرانه الاوروبيين وظهر بمظهر المتأخر عن استيعاب التطور الحديث لمضمون شرط الاحتفاظ بالملكية (٢) . ذلك التطور الذى كرسه

---

(١) Fangain, Reserve de propriété , illusion sur ses effets économiques, Gaz. Pal. 1980. 260

Lyonnet, la faillite de la faillite : Clause de résérve de propriété et masse des Créanciers, Gaz. Pal. 1980. 119.

(٢) E.du Pontavice, intérêt limites de la Clause de résérve de propriété, R. Banque 1980-1097- Duguet, La resérve de la propriété, Gaz. Pal 1980. 287.

ببراعة المشرع الالمانى (١) . ونفس الشىء فى كل من بلچيكا ولوكسمبورج وسويسرا وايطاليا (٢) ، بل ان موقف القانون الفرنسى بات يشكل عقبة امام الاتجاه نحو توحيد التشريعات الاوروبية ، بصفة خاصة مشروع الاتفاقية الاوروبية بصدد الافلاس أو المشروع الذى اقترحه المجلس حول الآثار القانونية للعقود التى تتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية (٣) .

يؤدى التعديل التشريعى الحديث فى القانون الفرنسى ، بلا شك الى تقوية الشرط المذكور وكثرة اللجوء اليه ، بالتالى ، فى المعاملات . وحرص البائعون على ادراجه فى عقود البيع الائتمانية . لعل تلك الاهمية المتزايدة للشرط تستوجب ، امام أثاره الخطيرة ، ضرورة توفير حماية اكبر للمشترى والغير من خلال التبصر فى وجوب النص عليه فى صلب الوثيقة التعاقدية الموقع عليها من الاطراف ، بطريقة بارزة وواضحة لا تثير لبساً أو غموضاً حول مضمونه وما قد يصاحبه من احكام تكميلية . واذا تم الاتفاق على الشرط فى وثيقة اضافية ، فانه ينبغى أن تكون موقعة من الطرفين وأن يكون كل طرف على علم كامل بها ، وان تكون الاشارة الى هذه الوثيقة فى صلب العقد قد تمت بطريقة محددة وواضحة (٤) .

---

(١) Meissner, l'opposabilité de la propriété mobilière aux tiers en droit Allemand, Gaz Pal, 1972. 369.

(٢) Houin,l'introduction de la Clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite, J.C.P. 1980, éd g.1.2978.

(٣) Pédamon M., Considérations Comparatives sur la loi du 12 mai 1980, Etudes offertes à R. Rodière 1980.

(٤) J. Ghestin, Reflexions... op. cit ., n. 61

## المبحث الثاني

## دعوي استرداد البائع للمبيع المحتفظ بملكيته في القانونين الفرنسي والالماني

نعرض فى البداية لشروط دعوى الاسترد اد قبل التعريض لبيان احكامها .

### المطلب الأول

### شروط قبول دعوي الإسترداد

ان منح البائع دعوى استرداد المنقول المبيع المحتفظ بملكيته من يد المشترى المتقاعس عن الوفاء بالثمن يعد أمراً طبيعياً فى حالة يسار الاخير أى تمتعه بضمان عام قوى . أما فى الحالة التى يشكل فيها ممارسة تلك الدعوى مساساً بالضمان العام للدائنين الذين عولوا على وجود المبيع كعنصر هام من عناصره ، فان ذلك يعد تفضيلاً لحق البائع على حقوقهم وخروجاً على القواعد العامه فى الافلاس التى تقوم على حماية الوضع الظاهر من جهة والمساواة بين الدائنين من جهة أخرى (١) . منح المشرع الفرنسى الحديث تلك الدعوى فى هذه الحالة على سبيل الاستثناء لاسباب معينة (٢) ، الا انه احاط اعمالها بضمانات قوية حتى لا تنطوى ممارستها على غش أو اضرار بحقوق الدائنين وحتى تحقق الهدف المقصود من وراء تقريرها . يمكن حصر تلك الضمانات فى عدة شروط هى : وجود اتفاق مكتوب على شرط الاحتفاظ بالملكية قبل تسليم البضاعة للمشترى ، ورفع الدعوى خلال

---

(١) انظر ما سبق ص ١١١ .

(٢) انظر ما سبق ص ١١٢ ، ٧٢ .

مدة معينة ، بقاء المبيع على حالته العينية (١) . ونعرض لكل منها على التوالى .

## الفرع الأول
## الاتفاق كتابة على شرط الاحتفاظ بالملكية قبل تسلم المشترى للمبيع

طبقاً للقواعد العامة لا يخضع شرط الاحتفاظ بالملكية لشكلية محددة فى اثباته أو نفاذه . خرج المشرع الفرنسى على تلك القواعد ونص صراحة على انه لا يجوز للبائع طلب استرداد المبيع فى مواجهة جماعة الدائنين الا اذا كان هناك اتفاق مكتوب على الشرط قبل تسليم المبيع للمشترى . يعد النص استثناءاً هاماً على القواعد العامة والعرف التجارى القائمين على مبدأ الرضائية . اضيف هذا النص بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ استجابة لتوصية من الحكومة بهدف توقى احتمالات الغش (٢) ، حيث ينبغى أن يكون الشرط منصوصاً عليه صراحة ، وأن يكون مكتوباً على نحو لا يفتح الباب أمام أى جدل أو غش (٣) .

ونعرض للموضوع من خلال بيان : المقصود بالشرط المكتوب ، الطبيعة القانونية للكتابة المطلوبة . قيام الاتفاق على الشرط قبل

---

(١) ويفترض ذلك بداهة بقاء المبيع ضمن اموال التفليسة . أما اذا كان المشترى قد تصرف فيه للغير حسن النية قبل بدء الاجراءات القضائية ، فان دعوى الاسترداد تكون غير مقبولة .

Com. 1er oct. 1985, R. D. Com. 1986. 553 obs. Hemard et Bouloc, 19 mars 1987, D. 1988 , Som. 12. obs. Derrida.

وانظر فيما يتعلق بحق البائع فى اقتضاء ثمن البضاعة الموجود فى ذمة المتصرف اليه ما يلى ص ١٧٢.

(٢) Houin, op. cit .

(٣) Ass. nat. debats, 2 séance 19 avr. 980. J.O. , P. 571 Col. 2.

تسليم البضاعة . عدم خضوع الشرط للشهر ، ثم نعرض أخيراً لصحة واثبات الاتفاق على الشرط فى القانون الالمانى .

### (أ) المقصود بالشرط المكتوب :

يتضح من صياغة النص انه يتطلب أمرين : وجود اتفاق على الشرط ، وأن يكون هذا الاتفاق مكتوباً . وبصدد تفسير تلك المسألة يوجد اتجاهان :

**الأول** : يلتزم بالتفسير الحرفى للنص ويشترط قيام اتفاق بين الاطرا على شرط الاحتفاظ بالملكية وان يتم توقيع الاتفاق من المتعاقدين أو من ينوب عنهما ، ومن ثم ينبغى وجود وثيقة عقدية خاصة تنظم مبدأ وأحكام الشرط المذكور (١) . مؤدى ذلك الاتجاه المتشدد ان الاتفاق ينبغى أن ينصب بصفة خاصة على شرط الاحتفاظ بالملكية (٢) ، حيث اننا امام شرط ذى طبيعة استثنائية تستوجب التزام التفسير الضيق بصدده ، ومن الاحوط للاطراف تضمينه وبيان أحكامه فى وثيقة خاصة قاطعة حسما لكل خلاف حول وجوده أو مضمونه (٣) .

---

(١) انظر القضاء المشار اليه فى :

R.D. Com., 1984. 717, note J. Hemard et B. Boulac.

(٢) Rapport du Fidal presenté au Congrés des conseils juridiques de Strasbourg des 10.12 oct. 1980, n. 60-

(٣) J.O. 6 oct. 1980.

F.Derrida, La Clause de réserve de propriété et le droit des procédures Collectives, D. 1980. 297.

ويتفق ذلك مع الاتجاه الحديث الذى يرى وجوب ربط فعالية الشروط المخالفة للقواعد العامة فى العقد بنوع من الشكلية بهدف حماية المستهلك أو المدخر العادى بل والتجار فيما بينهم . بل ان تحقيق الفائدة المرجوة من الشكلية الموضوعة لحماية الغير يستوجب عدم اتباع التفسير الضيق بشأنها بحجة الاستناد الى مبدأ الرضائية :

J. Ghestin, Reflexions ..., op. cit, n. 57,58

الثانى : يتجه نحو تفسير أوسع يتفق مع العرف والعادات التجارية ، ويكتفى بان يرد الشرط ضمن الشروط العامة الموجودة فى الوثيقة التى تتضمن عقد البيع (١) . ولا يلزم بالضرورة تجسيد الاتفاق على الشرط فى وثيقة خاصة (٢) . ومن ثم يكفى فى هذا الصدد ، ورود الشرط فى عقد البيع أو اية وثيقة أخرى كطلب البضاعة أو خطاب التصديق عليها أو اذن التسليم أو الفاتورة التى تساهم فى تحديد وبيان مضمونه . فالبائع له حرية التعبير فى هذا المجال ، الا أن هذه الحرية مقيدة بضرورة قبول المشترى للشرط فى ذاته أو ضمن الشروط العامة للصفقة (٣) .

وقد ساد الاتجاه الثانى بالفعل لاتفاقه مع مراد الشارع الذى تكشف عنه الاعمال التحضيرية (٤) ، ولتمشيه مع المبادىء العامه للقانون . واستقر القضاء على الاخذ بهذا المفهوم . ويتضح لنا من احكام محكمة النقض انها قد استقرت على المبادىء الآتية :

١- تقرر محكمة النقض وجوب ثبوت قبول المشترى لشرط الاحتفاظ بالملكية . يمكن ان يتضح هذا القبول من تنفيذه للعقد وهو على بينة من وجود الشرط الذى كان مدرجاً ضمن الشروط العامة للبيع ، المرسلة اليه فى خطاب مسجل بعلم الوصول بناء على طلبه للبضاعة ، والتى لم يعترض عليها خلال فترة الستة اسابيع التى سبقت تسليم البضاعة (٥) . أى انه ينبغى ان يكون الشرط منصوصاً

---

(١) بشرط ان يكون بارزاً وواضحاً ، فلا يعتد القضاء بالشرط المدون بحروف صغيرة ضمن الشروط العامة للبيع دون ان يلفت انتباه المشترى .

Com. 29 mars 1989, R. D.Com. 1989, 715 obs. Bouloc.

Paris 16 oct. 1984, Gaz. Pal. 1985.1.56.

(٢) T.Com. Troyers, 28 Juill. 1980, Gaz.Pal, 156 oct. 1980.

(٣) Civ. 22 juin 1983. civ. IV, n. 187.

(٤) Rep. min. 6 oct. 1980, Gaz.Pal, 22 oct. 1980

(٥) Com. 5 nov. 1985 Bull. Civ. , IV , n. 258 -Com . 25 fev. 1986, Bull. Civ., IV, n. 31.

عليه كتابة وأن يقبله المشترى ، على الاكثر عند تسلمه للبضاعة . ويكفى وجود الكتابة على أى محرر صادر من البائع وموجه الى المشترى (١) . وقبول المشترى للشرط لا يلزم بالضرورة ان يكون مكتوباً (٢) ، فقيامه بتنفيذ العقد مع علمه الكامل بشرط الاحتفاظ بالملكية المكتوب فيه يعد قبولاً منه له(٣) . ويعد قبولاً للشرط ، كذلك ،. مجرد توقيع المشترى على اذن التسليم أو الفاتورة طالما كان هذا الشرط مكتوباً فى ايهما بوضوح(٤) ، بل ويكفى مجرد وضع خاتمه التجارى على الشروط العامة للبيع(٥) . وينبغى التأكيد ، فى النهاية بأن محكمة النقض تستبعد استنتاج موافقة المشترى على الشرط من مجرد القرائن ، وان سكوته لا يعنى مطلقاً القبول (٦) .

٢- ترفض محكمة النقض صراحة الاستعاضة عن كتابة الشرط بما يجرى عليه العمل بين الاطراف من معاملات سابقة(٧) . ولا يمكن ان يستعاض عن قبول المشترى الصريح والمؤكد للشرط بمجرد قيام معاملات منتظمة له مع البائع متضمنة الشرط المذكور . ولا يجوز القول بأن المشترى قبل ضمناً شرطاً يستشف من مجرد تكرار

---

(١) Com. 16 oct. 1990, Bull . Civ., IV, n. 239.

(٢) Com. 19 fév. 1985, Bull. Civ. IV, n 68- Com. 22 juin 1983, R. D.Comm, 1985, P. 561, obs. Bouloc.

(٣) Com., 10 fev. 1987, Bull Civ., IV, n. 36.

(٤) Com. 12 déc. 1984 (2 arrets), Bull. Civ.IV. n.347 et 348.

(٥) Rouen, 1er oct. 1981 note J. Thieffry, Gaz. Pal., 18,19 déc. 1981, P.7

وعكس ذلك :

Chambery, 24 nov. 1981, Paris, 25 fec. 1982, Gaz. Pal., 26.27 mai 1982.

(٦) Com. 11 mai 1984, Bul. Civ., IV, n.154 .

(٧) Com. 12 déc. 1984, Bull. Civ. IV., n. 347- 5 nov. 1985, Bull. Civ., IV, n.259-25 fev. 1986, Bull. Civ., IV, n. 310.

المعاملات مع البائع . ولا يكفى مجرد وجود اتفاق على مبدأ اتمام المعاملات بين الطرفين مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، اذ العبرة بكل عملية على حدة (١) .

٣- يقع على البائع عبء اقامة الدليل على وجود شرط الاحتفاظ بالملكية وعلى قبول المشترى له (٢) ، ذلك ان وجوب كتابة الشرط امر مطلوب من جانب البائع ، ويتفق ذلك مع القواعد العامة ، فهو الدائن من جهة ويدعى أمراً مخالفاً للوضع الثابت أصلاً وهو انتقال ملكية المبيع .

ويوقم التعارض أحياناً بين الشروط العامة للبيع التى يضعها البائع متضمنة شرط الاحتفاظ بالملكية وتلك الخاصة بالمشترى التى تستبعد صراحة هذا الشرط . لا يعتد القضاء بوجود الشرط فى هذه الحالة ما لم يقم دليل أخر يفيد قبول المشترى له (٣) .

يكشف قضاء النقض عن التساهل الواضح فى تفسير المقصود بالشرط المتفق عليه كتابة بين الاطراف . يواكب هذا القضاء هدف المشرع الرامى الى تفضيل مصلحة البائع الذى لم يستوف حقه على مصلحة جماعة الدائنين ، ومن ثم فان العبرة بارادة البائع التى ينبغى ان تظهر كتابة بوضوح لحظة تسليم البضاعة بغض النظر عن قيام اتفاق كامل بين البائع والمشترى (٤) ، حيث يكفى البائع ، الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية على جماعة الدائنين، تقديم الدليل على ما

(١) Com.9 Jan. 1985, Bull. Civ. IV, n. 21-15 nov. 1988, 3 janv. 1989, R.D. Com. 1989. 714.

(٢) Com. 22 juin 1983, R.D. Com., 1984, P. 717 note Bouloc.

(٣) Versailles, 13 mai 1987, D. 1988. som. 9 obs. Derrida- Paris 23 sep. 1986. Journ. agrées 1989, 215.

(٤) Proposition de loi Dubanchet. doc. n. 407, Sénat, 2eme session 1977-1978.

يفيد تسلم المشترى للبضاعة ووجود الشرط مكتوبا فى اية وثيقة لدى المشترى (١) .

### (ب) الطبيعة القانونية للكتابة المطلوبة :

تقضى القواعد العامة بأن شرط الاحتفاظ بالملكية يقع صحيحاً بمجرد الاتفاق عليه دون حاجة الى لجراءات شكلية معينة . هذا هو الحكم فى القانون المصرى ، ونفس الشىء فى فرنسا قبل صدور قانون١٢ مايو ١٩٨٠.

يتساءل الفقه الفرنسى بحق عن السر وراء خروج المشرع على تلك القواعد وتطلبه الكتابة كشكل ضرورى بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية . الم يكن كافياً مجرد ورود الشرط ضمن الشروط العامة للبيع على أن يتم اثباته ومدى صلاحيته طبقاً للقواعد المتبعة فى الاتفاقات بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة (٢) ؟ لا شك ان ألنص بحالته الراهنة يقتضى ، بوضوح وبلا أدنى شك ، وجود اتفاق مكتوب على شرط الاحتفاظ بالملكية . وهذا الحكم عام التطبيق بما فى ذلك المسائل التجارية التى يسمح المشرع ( م ١٠٩ تجارى ) ويجرى العمل فيها على جواز الاثبات بكل الطرق (٣) . فما هو البعد الحقيقى وراء اشتراط الكتابة ؟

لا شك أن المشرع الفرنسى تأثر ، فى صياغته للقانون ، بالنص الوارد فى المشروع التمهيدى للاتفاقية الاوروبية تقضى المادة ١/٣٩ من هذا المضروع بأن « آثار شروط الاحتفاظ بالملكية المتعلقة بالعقود

---

(١) Com. 11 mai 1984, R. D. Com., 1985, P. 561 note . Bouloc.

(٢) Y. Demoures, op. cit , n. 31.

(٣) F. Chamoux , La preuve dans les affaires, Litec, 1979, P. 69.

المذكورة فى المادة ٣٨ تخضع لقانون الدولة المتعاقدة التى صدر فيها الحكم بالافلاس . ويجب ان يعترف هذا القانون بنفاذ شروط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة دائنى المشترى طالما كان هذا الشرط قد تعلق بالشىء المبيع بقصد ضمان الوفاء بثمنه وكان ثابتاً كتابة قبل تسليم البضاعة ولا يشترط أى شرط شكلى أخر . وينبغى أن يسمح القانون لمأمور التفليسة بأن يقيم الدليل بكافة الطرق ، على أن الكتابة أو التاريخ المذكور مسألة غير حقيقية أو قصد بها الغش » . يتضح من ذلك النص ، أنه يكفى مجرد الكتابة البسيطة ولو لم تكن موقعة أياً كانت طبيعتها أو شكلها ، ومن ثم يكفى مجرد « تلغراف أو تلكس » . والكتابة هنا مطلوبة من قبل البائع أما المشترى فيكفى ثبوت قبوله للشرط المكتوب (١) .

والواقع ان تطلب الكتابة أمر قصد به تنبيه الاطراف الى الطبيعه الاستثنائية لشرط الاحتفاظ بالملكية وأثاره التى تعد خروجاً على القواعد العامة ووجوب التدقيق فى الاتفاق على هذا الشرط وبيان احكامه . فالشرط المذكور من شأنه أن يحمل البائع تبعه هلاك المبيع رغم تسليمه للمشترى ، ويقيد الاخير فى استغلاله والتصرف فيه ، ويجيز للبائع استرداده فى حالة عدم استيفاء باقى الثمن مهما كان ضئيلاً . ولا شك أن تلك النتائج الخطيرة لا تتفق مع قصد الاطراف عند الاتفاق على الشرط ، لذا يجرى العمل على مصاحبته بشروط اخرى تكميلية لتنظيم أثاره بالطريقة التى تتلائم ومصالح الاطراف . من هنا كانت أهمية الاتفاق كتابة على الشرط المذكور (٢) .

يرى البعض أن الكتابة هنا قصد بها حماية رضاء الطرفين حيث تجرى التشريعات الحديثة على تطلب صياغة شكلية معينة لكل شرط استثنائى يتم ادراجه فى العقد المبرم بين الاطراف ، ومن ثم فان

---

(١) Y. Chaput, Les Clauses de reserve de propriété, J.C.P., 1981. 3017, n.23

(٢) Mousseron. La Clause de reserve de propriété, Cahiers de droit de l'entreprise 1980, P.1

المشرع قصد بتطلب الكتابة هنا تنبيه المتعاقدين لاهمية شرط الاحتفاظ بالملكية وطبيعته الاستثنائية (١) .

والواقع ان هذا الاتجاه رغم وجاهته يصعب القول بأنه يعبر عن مراد الشارع من وراء النص على الكتابة كما هو واضح من الاعمال التحضيريه ومن رد الحكومة على لحد النواب (٢) . ولسنا فى حقيقة الامر ، أمام اجراء شكلى بالمعنى الدقيق ، لأن القانون عندما يتطلب الشكلية فى ابرام التصرف نكون أمام اجراء لازم لا يغنى عنه اجراء أخر ويستتبع تخلفه بطلان التصرف . ولم يقل احد ببطلان شرط الاحتفاظ بالملكية غير المكتوب بدليل انه كان دائماً صحيحاً ومعترفاً به قبل صدور القانون الذى جاء لتقويته لا لاضعافه . لذا لا يمكن القول بأن الكتابة هنا مطلوبة لصحة الشرط المذكور (٣) .

الحقيقة ان المقصود من الكتابة هنا هو تجنب الغش بقصد الاضرار بحقوق جماعة دائنى المشترى . فسريان شرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة هذه الجماعة يعد أمراً استثنائياً قصد به حماية البائع الذى لم يستوف حقه ، ومن ثم لا ينبغى استغلال هذا الشرط كوسيلة لتهريب اموال المدين أو لتفضيل دائن على سائر الدائنين . مؤدى ذلك ان الكتابة هنا صورة من صور الشهر ، أى شكل تكميلى ، ليس ضرورياً لصحة التصرف بل لترتيب اثر قانونى معين لا يقوم بدونه . يتمثل هذا الاثر فى الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة الدائنين . فالكتابة شرط لنفاذ الشرط المذكور قبل دائنى المشترى وذلك لتجنب الغش بقصد الاضرار بحقوقهم . ويكفى لحماية هؤلاء الدائنين من الغش ثبوت قيام الشرط كتابة ، وأن يتم قبول المشترى له ، قبل تسلمه البضاعه(٤) .

---

(١) J.Acquaviva et C. Bacrot, La Clause de reserve de propriété en droit des Affaires, Gaz. pal. 1980, P. 526.

(٢) J.O., 6 oct. 1980.

(٣) J. Ghestin, Reflexions ...., op. cit., n, 58.

(٤) نفس المرجع.

**(جـ) قيام الاتفاق على الشرط قبل تسليم البضاعة :**

رغبة من المشرع فى تفادى الغش بقصد الاضرار بمصالح جماعة الدائنين ، استلزم ، لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبلهم ، أن يكون الاتفاق عليه كتابة قد تم قبل تسليم البضاعة للمشترى أو على الاكثر عند التسليم (١) . مفاد ذلك أن الميزة التى قررها القانون للبائع الذى لم يستوف حقه ينبغى الا يتم الاتفاق عليها بعد تسليم البضاعة . ومن ثم يكون الشرط المتفق عليه بعد التسليم غير نافذ فى مواجهة جماعة الدائنين (٢) .

يتضح من ذلك ان تحديد المقصود بالتسليم وتوقيته أمر يتسم بالحيوية ، فى هذا المقام . ونظراً لعدم وجود نص خاص لا مناص من اعمال حكم القواعد العامه . يتم تسليم البضاعة عادة بتمام وضعها مادياً فى حيازة المشترى . ويتوقف تحديد لحظة التسليم الفعلية على شروط البيع وأوضاع النقل . يختلف الامر ، بطبيعة الحال ، بحسب ما اذا كان البيع عند الشحن أم عند الوصول (٣) .

---

(١) تأثر المشرع الفرنسي ، بالحكم الوارد فى المشروع التمهيدى للاتفاقية الاوروبيه . انظر ما سبق ص ١٢٨.

والجدير بالذكر ان القانون الايطالى يشترط ، لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل دائنى المشترى ، وجوده قبل الحكم بشهر الافلاس أو التوقف عن الدفع .

Y. Chaput, op. cit., n.24.

وانظر حكم الالمانى ، ما يلى ص .

(٢) وينبغى ، مع ذلك ، الاشارة الى احتمالات قيام الغش من خلال التاريخ الصورى ، لذا يجوز للمأمور التفليسة تقديم الدليل على الغش أو الخطأ بكافة طرق الاثبات .

Y. Chaput, op. cit. n. 24 .

ولعله من المناسب ، فى هذا المقام ، الاشارة الى فرض عابر يتمثل فى اقرار المشترى ، بعد اتمام البيع ، باحتفاظ البائع بملكية المبيع . لا نكون أمام شرط الاحتفاظ بالملكية بالمعنى الدقيق بل بصدد نقل الملكية على سبيل الضمان . وقد يتعارض ذلك مع قاعدة حظر رهن المنقول دون التخلى عن حيازته .

Civ. 1er , 3 mai 1973, R. crit. D. int. P. 1974. 100, note Fouchard.
Witz, La fiducie en droit français, thèse strasbourg 1979, P. 303. n. 154.

(٣) H. Hemard, Traité théorique et pratique de droit Commercial, 1953, ch. 4

ولعله من الاحوط تضمين البيع كل التفصيلات الضرورية فى هذا الصدد ، حيث تقتضى مصلحة البائع الحرص على أن يرتب بكل الطرق الدليل على تاريخ وجود الشرط ولحظة تسليم البضاعة ، بل ويقتضى الامر منه تسجيل الوثائق الدالة على ذلك أو اثبات تاريخها وإن كان ذلك يتعارض مع ما يجرى عليه العمل فى المعاملات التجارية وما تتسم به من بساطة وسرعة . والجدير بالذكر ، فى هذا المقام ، ان قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، لم يتضمن ، فيما يتعلق باثبات تاريخ شرط الاحتفاظ بالملكية ، نصا خاصاً مخالفاً للقواعد العامه فى المسائل التجارية . لذا يمكن أن يتم الاثبات بكافة الطرق . فالمشرع لم يشأ اللجوء الى اجراءات شكلية معقدة فى هذا القانون على نحو يشكل عقبة فى التطبيق العملى (١) .

**(د) عدم خضوع الشرط للشهر :**

لا يشترط المشرع الفرنسى ، لنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الغير ، لاجراءات شهر معينة . يؤدى ذلك الى العديد من الصعوبات فى حالة تعارض حق الغير مع حق البائع ، وبصفة خاصة فى حالة رصد المنقول المحتفظ بملكيته لخدمة عقار المشترى حيث يتعارض حق البائع مع حقوق الدائنين أصحاب التأمينات العينية على هذا العقار .

نص قانون ١٢ يناير ١٩٨٠ على بعض الاجراءات . تقضى المادة ٣ بأن البضاعة المبيعة مع الاحتفاظ بملكيتها ينبغى أن تبرز فى قيد مستقل من الجانب الايجابى لميزانية المشترى . ويجب ايضاً ابراز الحق الناجم عن هذا البيع فى قيد مستقل من الجانب الايجابى لميزانية البائع . ان هذا الاجراء ذى الطبيعة المحاسبية يساعد فى اعلام الغير بالشرط ويلقى الضوء على الذمة المالية للمتعاقدين تفادياً للاحتجاج باليسار الظاهر للمدين ، الا انه ليس شرطاً لنفاذ الشرط قبل دائنى

---

(١) F. Acquaviva et C. Bacrot, op. cit., n. 067.

المشترى أى لاسترداد المبيع من تفليسة الاخير. وليس للمشترى التمسك بعدم قيد الشرط فى ميزانيته للتهرب من استرداد البائع للبضاعة (١) . ولا يوجد ما يلزم المشترى باحترام هذا الاجراء ، حيث لم يتضمن القانون جزاءاً معيناً لمخالفته ، ومن ثم فانه لا يرمى ، بداهة ، الى معالجة مشكلة عدم ظهور شرط الاحتفاظ بالملكية على مال معين (٢) .

ويمكن اعلام الغير بالشرط المذكور ، لضمان حقوقه وحقوق كل من البائع والمشترى ، بافراد البضاعة وتمييزها بعدة طرق مثل قيدها فى سجل رسمى ، كما هو الحال فى القانون السويسرى مثلاً . يتسم هذا الاجراء ، فى الواقع بالتعقيد والكلفة وثقل العبء الادارى وقد يستتبع ذلك العزوف ، عملاً ، عن الشرط ، وبالتالى ضعفه . ويتعارض ذ لك مع الاتجاه الحديث لتقويته كما هو واضح من المشروع التمهيدى للاتفاقية الاوروبيه . لذا نجد القانون الالمانى اكثر بساطة حيث لا يشترط مثل هذا القيد . ولا يعنى ذلك التقليل من اهمية اشهار الشرط حيث يمكن أن يؤدى خفاءه الى نتائج سيئة فيما يتعلق بحقوق المالك الدائن فى مواجهة الغير حسن النية (٣) .

**(هـ) صحة واثبات الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية فى القانون الالمانى :**

يبرز شرط الاحتفاظ بالملكية ، عادة ، ضمن الشروط العامة للبيوع التى يبرمها الموردون . يصبح هذا الشرط قانوناً تعاقدياً

---

(١) Rennes, 10 fév. 1983, D. 1984, I.R.-1- Rappr. Paris 8 nov 1984, Gaz.Pal. 1985.1.180.

(٢) Y.Chaput, op. cit. n. 25.

(٣) نفس المرجع ، رقم ٢٦.

وانظر فيما يتعلق بالشهر المنظم بقوانين خاصة على سلع معينة كالسيارات وادوات التجهيز ، ما يلى ص١٧١.

بمجرد اتفاق الأطراف ، صراحة أو ضمناً ، على اخضاع العقد لتلك الشروط (١) . والجدير بالذكر أن القانون الالمانى يفرق ، بداخل عقد البيع ، بين العقد المجرد المنشىء لالتزامات على عاتق طرفيه مثل ( التزام البائع بنقل الملكية والتزام المشترى بدفع الثمن ) والعقد العينى المتضمن عملية نقل الملكية . ينعقد العقد الأول باتاً بمجرد تبادل التراضي بينما يكون العقد الثانى معلقاً على شرط واقف هو دفع كامل الثمن (٢) . وبناء عليه لا يلزم تجديد الاتفاق السابق ( الخضوع للشروط العامة ) عند تسليم البضاعة ، أو بمعنى أدق عند ابرام العقد المجرد ، فالتراضى على قيام شرط الاحتفاظ بالملكية يكون أنذاك مفترض ضمناً .

ويختلف الامر بعض الشىء اذا لم يفصح المورد عن احتفاظه بملكية البضاعة الا لحظة تسليمها للمشترى ، كما لو تم ذلك بمقتضى اذن تسليم . يقرر القضاء ، فى هذه الحالة ، بأن قبول المشترى ، اذا كان تاجراً ، للشرط يمكن أن يستشف من التزامه الصمت بعد أن تم لفت نظره الى وجوده . وعلى العكس من ذلك فان هذا السكوت لا يعتد به فى حالة وجود شرط الاحتفاظ بالملكية ، للمرة الأولى ، على « فاتورة » .

وبناء عليه ينبغى أن يثبت ، طبقاً للقواعد العامة ، قيام شرط الاحتفاظ بالملكية قبل ، أو على الاكثر ، وقت تسليم البضاعة . ويتم الاتفاق على الشرط ، غالباً ، عند ابرام عقد البيع ( العقد المجرد ) . واذا تم ابرام هذا العقد دون الاحتفاظ بالملكية ، فان البائع يلتزم

---

(١) وينبغى الاشارة الى أن المشرع يفرض بعض الضمانات الخاصة فى حالة المشترى غير التاجر .

La Loi du 9 déc. 1976 ( AGBG)

(٢) انظر ما سبق ص ٨٥ وما يأتى ص ٢٦٤ .

بتسليم البضاعة أى بنقل الملكية ( العقد العينى ) ، ولا يستطيع ربط التسليم بقبول المشترى لهذا الشرط .

والواقع ان القواعد السابقة ، سواء فيما يتعلق بالشكل أو بالموضوع ، مردها الى القواعد العامة فى ابرام العقود . وتتسم القواعد ، موضوع البحث ، بعدم تضمنها لأى من لجراءات الشهر . ويتساءل الفقه فى أكثر من موضع ، عما اذا كان من المناسب وجود مثل هذا الاجراء لتأمين ضمان حقوق الغير ، وتفادى تزاحم الدائنين ، وحث المدينين على زيادة التبصر . ويمكن أن يتمثل لجراء الشهر فى وجود سجل رسمى للتأمينات الواردة على المنقولات دون التخلى عن حيازتها ( بما فى ذلك شرط الاحتفاظ بالملكية ) ، أو على الاقل تدوين هذه التأمينات فى وثائق خاصة بالمشروعات المعنية ، كوجود سجل أو بيان خاص بالتأمينات لدى كل مشروع . ولم تصل الاقتراحات المبداه فى هذا الصدد الى غايتها بسبب ما ينطوى عليه أى لجراء للشهر من تكلفة مالية واعباء ادارية ، بالاضافة الى الشك فى مدى فعالية هذا الاجراء . ويوجد ، مع ذلك ، نظام معين من الايصالات ، بصدد بيع السيارات ، يسمح بتفادى قيام المشترى ببيع السيارة التى يحتفظ البائعه بملكيتها (١) . ويؤدى هذا النظام ، فى حقيقة الامر ، دوره فى المجال الخاص به ، الا أنه لم يمتد العمل به الى خارج هذا المجال (٢) .

---

(١) ويعرف القانون المصرى مثل هذا النظام وذلك عن طريق التأشير ، بخط وبلون مغاير ، بحفظ ملكية السيارة على رخصة تسييرها ، وتضمين الملف الخاص بها فى ادارة المرور بياناً بذلك . ومن ثم لا يجوز ، عملاً نقل ملكية السيارة للغير قبل تطهيرها من شرط الاحتفاظ بالملكية .

(٢) انظر فى كل ما سبق M. Pédamon, Gaz. Pal. 1981, op. cit.

## الفرع الثانى

### رفع دعوى الاسترداد خلال مدة معينة

طبقاً للمادة ٥٩ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ لا تقبل دعوى استرداد المنقول الا خلال مدة اربعة اشهر من تاريخ نشر الحكم بفتح لجراءات التسوية القضائية أو تصفية الاموال ، أى من تاريخ آخر اجراء نص عليه القانون . ان المدة المذكورة نص عليها قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ من خلال الصياغة الجديدة للمادة السابقة بعد أن كانت مدة عام . لم يكتف المشرع بذلك ، بل جاء قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ ( م ١١٥) ليختصر تلك المدة الى ثلاثة اشهر تبدأ من تاريخ النطق بالحكم الفاتح لاجراءات التسوية القضائية (١) ، وذلك كى يعلم المدين أو مدير التفليسة ، على وجه السرعة ، بنوايا بائعى البضائع المحتفظ بملكيتها فيما يتعلق باستردادها .

والجدير بالذكر أن المدة السابقة ليست خاصة بدعوى استرداد المنقول المحتفظ بملكيته فقط ، بل تنطبق على كل دعاوى استرداد الاموال من بين يدى « السنديك » . تقتصر هذه المدة على حالة افلاس المشترى أى خضوعه لاجراءات جماعية ، ومن ثم لا يحتج على البائع بالمدة المذكورة فى علاقته بالمشترى غير المفلس . ويستطيع البائع ممارسة دعوى استرداد الاموال من المشترى المتقاعس عن الدفع ، دون التقيد بمدة معينة طالما توافرت الشروط الاخرى (٢) .

ان الفيصل فى قبول دعوى الاسترداد هو ثبوت تقاعس للمشترى عن الوفاء بالثمن ، ولا يتأتى ذلك الا بحلول ميعاد الوفاء المتفق عليه فى العقد (٣) . ولكن نظراً لأن الحكم بالتسوية القضائية أو بتصفية

---

(١) Com. 13 fév. 1990. J.C.P. , 1990. IV. 141.

(٢) R. Houin, L'introduction de la Clause de reserve de propriéte dans le droit français de la faillite, J.C.P. 1980.1.2978.

(٣) Roure, La résérve de propriété. Rapport de synthèse à la Conférence génerale des tribunaux de Commerce, Versailles, nov. 1980.

الاموال يستتبع حلول مواعيد الديون المؤجلة ، فانه يمكن رفع دعوى الاسترداد آنذاك وقبل الموعد الاصلى للوفاء بالثمن (١) . ويجوز للسنديك ابطال مفعول تلك الدعوى عن طريق تمسكه بتنفيذ عقد البيع (٢) من خلال الوفاء بالثمن أو تقديم الضمانات الكافية له (٣) .

والجدير بالذكر ان مدة الثلاثة اشهر هى ميعاد سقوط ، يسقط بمروره الحق فى مباشرة دعوى الاسترداد . ويسقط حقه فى التقادم كدائن عادى بدين الثمن ضمن جماعة الدائنين اذا لم يكن قد تقدم الى التفليسة فى المواعيد المقررة (٤) .

ولا يشترط فى مطالبة البائع باسترداد المبيع أن يكون مسبوقاً برفع دعوى فسخ البيع أو الاستناد الى الشرط الفاسخ لأن فتح التفليسة يؤدى الى تعطيلهما (٥). إلا انه ينبغى أن تتمثل المطالبة فى دعوى قضائية ، ولا يغنى عن ذلك الخطابات أياً كان عددها أو شكلها (٦) .

---

(١) م ٣٧ من قانون ١٧ يوليو ١٩٦٧ .

(٢) فى الحالة التى يرى فيها السنديك ان مصلحة جماعة الدائنين تتحقق بتنفيذ العقد ، كما لو عاد ذلك التنفيذ على التفليسة بمزايا معينة ، او كان من شأنه تجنب الحكم بالتعويض عن عدم التنفيذ وما يترتب على دفع هذا التعويض من انقاص أموال التفليسة . أو كان المال المراد استرداده مرتفع القيمة ، نفس الحكم فى القانون التجارى المصرى ( م ٢٧٥ ) .

(٣) م ١٦١٣ مدنى فرنسى وم ٣٨ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ .

Nouveau Rép. Dalloz, Faillite , réglement judiciaire, banqueroute, mise à jour 1979.

(٤) Y. Chaput, op. cit. n. 34.

(٥) A. Ghozi, Nature juridique et transmissibilité de la Clause de réserve de propriété, D. 1986. 317.

(٦) Com. 1er oct. 1985, Bull. Civ. IV, n.221,
23 oct. 1985, Bull. Civ., IV. n. 250, Paris 7 jan. 1983, Gaz Pal. 1983.1.164.

فقد تقدمت احدى الشركات بطلب الى السنديك لمعرفة امكانية موافقته على استرداد البضاعة المحتفظ بملكيتها والتى لم يدفع المشترى ثمنها . رفض السنديك الطلب . توجهت الشركة بدعوى الاسترداد الى القضاء بعد مرور أربعة أشهر من تاريخ نشر حكم الافلاس (١) . رفضت المحكمة الدعوى لرفعها بعد الميعاد ، الا أن محكمة الاستئناف الغت الحكم مستندة الى أن القانون لم يشترط أى شكل محدد لمباشرة البائع لحقوقه فى حالة عدم استيفاء الثمن ، ومن ثم فان الخطاب المسجل الذى صدر عنه خلال الميعاد القانونى يعبر بوضوح عن رغبته فى استرداد البضاعة . نقضت محكمة النقض ذلك الحكم مقررة انه لا يمكن المطالبة بالاسترداد الا عن طريق الدعوى القضائية المرفوعة فى الميعاد أمام القضاء المختص . ويبقى عديم الاثر اية مطالبة أو خطاب مسجل موجه الى السنديك فى الميعاد المحدد (٢) . لا شك أن هذا القضاء المتشدد يتفق مع الطبيعة الاستثنائية لدعوى الاسترداد قبل جماعة الدائنين ، خاصة وان هذه الدعوى تخص البائع الذى يعد ، بصفة أساسية وأولية ، احد الدائنين (٣) .

وينبغى الاشارة فى النهاية الى أن قانون ١٩٨٥ ( م ٢/١٢١) اضاف قيداً هاماً فى هذا المقام مؤداه عدم جواز استرداد المبيع اذا تم دفع الثمن فوراً أو على الأكثر فى نهاية فترة الملاحظة الأولية ، طبقاً للمدة التى يحددها مأمور التفليسة ، اذا تعهد هو ( أو المدين المأذون ) بضمان السداد . ومن ثم يمكن الاحتفاظ بالبضاعة المحملة بشرط الاحتفاظ بالملكية اذا تم تقديم ضمان (كفالة بنكية مثلاً ) لسداد الثمن . ويجوز للمأمور طلب تنفيذ عقد التوريد بعرض الوفاء

---

(١) وذلك قبل صدور قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ الذى جعل المدة ثلاثة أشهر ( م ١١٥) انظر ما سبق ص ١٣١.

(٢) Com. 18 avr. 1985, Bull. Civ., n. 116, P. 100 .

(٣) J.Hermard et B. Bouloc, obs., R.D. Com., 1986, P. 289.

بالثمن المحدد ويستخدم البضاعة فى الغرض المخصصة له . ويأخذ البائع مكانة بين الدائنين الذين نشأت حقوقهم صحيحة ، بعد الحكم بالافلاس ، قبل جماعة الدائنين . وينبغى الوفاء بحقه بالأولوية على الدائنين السابقين (١) ، ويكون حقه مضموناً بالضمانة التى قررت له ويستطيع ، بمقتضاها ، استيفاء حقه قبل الدائنين المفضلين عليه طبقاً للقواعد العامة (٢) .

## الفرع الثالث

## احتفاظ المبيع بطبيعته ( بقاء البضاعة على حالتها العينية )

يشترط لقبول دعوى استرداد البائع للمبيع فى حالة عدم استيفاء الثمن ، احتفاظ هذا المبيع بطبيعته أى بقاءه على حالته العينية (٣) وامكانية فصله وتمييزه عن غيره (٤) . ينبغى ان تكون البضاعة المراد استردادها هى ذاتها التى تم تسليمها للمشترى ويستوجب ذلك بقاءها على صورتها على نحو يسهل معه تمييزها ، دون لبس أو غموض ، عن غيرها من الاشياء الموجودة فى حيازته (٥).

يثير هذا الموضوع عدة نقاط هى : تمييز المبيع والتعرف عليه . اندماج المنقول بالعقار أو الحاقه به ، تغير الحالة العينية للبضاعة ،

---

(١) Com. 19 juin 1987, R.D. Com. 1988, Hermard, Bouloc.

(٢) Ribert et Rablot, op. cit., n. 3163.

(٣) Se retrouver en nature.

(٤) تكشف الاعمال التحضرية لقانون ١٢/٥/١٩٨٠ ، بوضوح ، عن ذلك الاتجاه حيث تم رفض الاقتراح المقدم أمام مجلس الشيوخ لتطبيق القانون المذكور فى حالة تحول طبيعة البضاعة المبيعة .

Senat, debats, 11 déc. 1979, J.O., P. 5326.

(٥) يعتد بالحالة العينية للبضاعة ، فى حالة افلاس المشترى ، يوم النطق بحكم شهر الافلاس .

Y. Chaput, op. cit, n. 30.

حكم المسألة فى القانون الالمانى . ونعرض لتلك النقاط على التوالى فيما يلى :

## (أ) تمييز للبيع والتعرف عليه (١) :

ان استرداد البائع للمبيع من بين أموال المشترى يقتضى ضرورة تمييزه والتعرف عليه . يلقى القضاء على المسترد عبء اثبات ان البضاعة التى باعها للمشترى مع الاحتفاظ بملكيتها هى بعينها الموجودة بين يد الأخير (٢) . ويستطيع البائع أن يقيم الدليل على ذلك بكافة طرق الاثبات . وينبغى تمام الاثبات يوم النطق بحكم شهر افلاس المشترى (٣) .

يبدى القضاء تساهلاً واضحاً فى هذا المقام ، فقد قبل مثلاً استرداد البضاعة المودعة حتى لو اختلطت بأخرى تخص مودعين آخرين طالما كان الفصل بينهما ممكناً عن طريق العلامة أو النوع أو الارقام أو البيانات الأخرى (٤) . وتم ايضاً قبول استرداد البضائع التى اختلطت بأخرى مشتراه من نفس البائع طالما كانت كلها من نفس الطبيعة والجودة (٥) . وفى المقابل رفض القضاء ، فى واقعة بيع دراجات ، استرداد المبيع حيث تبين للمحكمة صعوبة التعرف عليه لأن البضاعة الموجودة بالمخزن يتم تجديدها واستبدالها بصفة مستمرة مما يصعب معه القول بأن البضاعة المراد استردادها هى الموجودة لحظة

---

(١) L'identification des marchandises.

(٢) Com. 18 mars 1968, Bull. Civ., IV. n. 112.

بالرغم من صدور ذلك القضاء فى ظل الصياغة القديمة للمادة ٦٥ ، إلا انه يظل قائماً لبقاء نفس المبدأ فى ظل القانون الجديد .

(٣) Civ. 4 fév. 1907, D.P. 1908.1.438.

(٤) Enc. Dalloz, rep. Com. Faillite ( effets, droit des Créanciers) n. 1589.

(٥) Civ. 4 fev. 1907, op. cit.

النطق بحكم الافلاس (١) . ولا شك ان مثل هذا القضاء يلفت الانتباه الى الصعوبات التى تثور فى هذا المقام عند مباشرة دعوى الاسترداد ، خاصة وان النشاط التجارى يتسم بالسرعة والحركة وعدم بقاء البضائع المبيعة ، ذاتها على حالتها العينية .

تزداد اهمية مسألة تعيين البضاعة المبيعة ، مع الاحتفاظ بملكيتها ، بصفة خاصة ، فى حالة الاشياء المثلية . لا تثور صعوبة ، فى هذا الصدد ، فى حالة ما اذا كانت البضاعة المراد استردادها مرقمة او تحمل علامات محددة . بل ان القضاء يقبل دعوى استرداد الاشياء المثلية ، ولو كانت غير مميزة ، طالما قام الدليل القطعى على انها تخص المسترد . مثال ذلك السماح باسترداد البضاعة الموجودة فى مخزن المشترى المفلس حيث ثبت ان الكمية الموجودة هى أخر ما تم توريده اليه من طالب الاسترداد ، ولم تصل اى كميات لخرى بعد ذلك . يتعلق الامر بعملية توريد كمية كبيرة من الوقود طلب المورد استردادها اثر النطق بالحكم بتصفية أموال المشترى . رفض السنديك الطلب استناداً الى أن الاشياء المعينة بذاتها هى وحدها التى يجوز استردادها حيث من الممكن التعرف عليها . رفضت محكمة الموضوع هذا القول مقررة أنه لم يتم تسليم أى كمية لخرى من الوقود ومن ثم فهو لم يندمج بأى وقود أخر . أيدت محكمة النقض هذا القضاء مقرره أن من سلطة قاضى الموضوع تقدير مدى بقاء البضاعة ، ولو كانت مثلية ، متميزة وعلى حالتها العينية لدى المشترى يوم الحكم بشهر الافلاس ، فليس هناك نص يحظر ممارسة دعوى الاسترداد بصدد البضائع المتشابهة طالما كان من الممكن التعرف على البضائع الموجودة لدى المشترى والتأكد من أنها هى التى اشتراها من طالب الاسترداد . وتلك مسألة واقع يختص بتقديرها قاضى الموضوع (٢) .

---

(١) Com., 8 oct. 1963, Bull. Civ. 111, n.399.
(٢) Com. 3 juin 1986, D. 1988, Somm. 10, obs. F. Derrida, R. D. Com., 1987,P. 568 , obs. B. Bouloc.

وفى واقعة أخرى استند البائع الى « الفواتير » وقائمة الجرد التى أعدها السنديك لكل البضائع الموجودة لدى المفلس ، اثر فتح اجراءات التفليسة ، وانه كان المورد الوحيد للمشترى المفلس ، وان كل البضاعة الموجودة لديه خاضعة لشرط الاحتفاظ بالملكية ، ومن ثم فهو ليس بحاجة الى اثبات كافة مفردات البضاعة ، التى لم يتم دفع ثمنها ، والمراد استردادها ، خاصة واننا بصدد مفردات متطابقة التصنيع . رفضت المحكمة دعوى الاسترداد مؤكدة ان مجرد التقارب بين الفواتير وقائمة الجرد لا يكفى لتمييز البضاعة المراد استردادها حتى ولو كان البائع هو المورد الوحيد للمدين (١) . ويكشف هذا القضاء المتشدد ، فى الجانب الآخر ، عن فكرة الطبيعة الاستثنائية لدعوى الاسترداد فى حالة افلاس المدين حيث ينبغى لقبولها التيقن من توافر الشروط التى يقتضيها النص (٢) .

تكمن الصعوبة ، فى الواقع ، فى حالة اختلاط البضاعة المراد استردادها بأخرى مماثلة قام بتوريدها نفس البائع واستوفى ثمنها او بأخرى قام بتوريدها بائع آخر (٣) . يمكن الاستعانة ، فى هذا المقام بمحضر الجرد التفصيلى ، للبضائع الموجودة لدى المفلس الذى يلتزم السنديك باعداده (٤) . ويجوز لطالب الاسترداد اللجوء الى القضاء المستعجل لتعيين خبير يقوم بعملية الجرد (٥) . لا يعطى القضاء لمحضر الجرد المذكور حجية مطلقة ، حيث رفض قاضى الموضوع دعوى الاسترداد استناداً الى عدم وضوح محضر الجرد

(١) Com., 16 et 23 oct. 1990, Bull. Civ. IV, 239 et 246.

(٢) B. Bouloc. obs., R. d. Com., 1991, P. 435.

(٣) F. Pérochon , obs. D.1990, Somm. 91-G. Virassamy, note, D. 1991. 130.

(٤) Com. 29 mars 1989, D. 1989. IR. 131- 6 mai 1987, D. 1988. Som.9 obs. F. Derrida.

(٥) Com . 8 mars 1988, Bull. Civ. IV, n. 98.

بصدد بيان ما اذا كانت البضاعة الموجودة لدى المشترى المفلس هى تلك التى يحتفظ البائع بملكيتها . نقضت محكمة النقض الحكم لانه لم يبحث ما اذا كان سبب عدم وضوح المحضر راجعاً الى طبيعة البضاعة ذاتها أم الى عدم كفاية البيانات الوارده فيه . فاذا تبين ان استحالة تمييز البضاعة أمر راجع الى تقصير السنديك ، اما لأنه لم يقم بالجرد اصلاً أو لأنه قام به على نحو قاصر ، فلا ينبغى أن يضار البائع من جراء ذلك ، برفض دعواه فى الاسترداد وفقد حقوقه على البضاعة (١) . ولا يكفى ، من ناحية لخرى ، أن ترد البضاعة المراد استردادها بمحضر الجرد بل ينبغى على البائع أن يقيم الد ليل على أن تلك البضاعة هى بعينها المحتفظ بملكيتها ولم يتم الوفاء بثمنها (٢) .

وتفادياً للصعوبات السابقة تفتق العمل عن وجود اتفاق صريح (٣) بين البائع والمشترى يقضى بأن البضاعة الموجودة فى حيازة الاخير يفترض فى أى وقت بأنها تلك التى تخص البائع ولم يتم الوفاء بثمنها ، ومن ثم يحق له استردادها . يتجسد هذا الاتفاق ، غالباً ، فى صورة شرط ضمن بنود العقد . ويؤدى الى قيام قر ينة لصالح البائع تقيه مشقة اثبات ان البضاعة الموجودة لدى المشترى المفلس هى بعينها التى اشتراها من البائع دون دفع ثمنها . ثار التساؤل عن مدى مشروعية الاتفاق المذكور .

---

(١) Com. 29 mars 1989, Bull. Civ. IV, n. 105 - 25 avr. 1989, Ibid, ņ. 132- 5 juill. 1988, Ibid, m. 230.

A. Perdriau, La responsabilité Civile des mandataires de justice dans les precédures Collectives, J.C.P., éd. E, 1989. 11. 15547.

(٢) Com. 2 mai 1989, Bull. Civ. IV, n. 142.

(٣) G.Virassamy, note sous Com. 9 jan. 1990, D.1991 , P. 130.

عرض الامر على القضاء بصدد واقعة كان من العسير فيها ، عملاً ، تمييز البضاعة المراد استردادها . قضت محكمة للوضوع بالاسترداد استناداً الى الشرط الوارد بالعقد مقيماً قرينة لصالح البائع تعفيه من عبء الاثبات (١) .

رفضت محكمة النقض صراحة هذا الاتجاه وقررت بطلان الشرط المذكور ، حيث لا يجوز قبول دعوى الاسترداد الا بعد اثبات أن البضاعة الموجودة فى حيازة المشترى هى تلك التى وردها البائع ولم يتم الوفاء بثمنها . ويتعلق الامر بالنظام العام ومن ثم لا يجوز للافراد الاتفاق على ما يخالفه (٢) .

لا شك فى أهمية اقتضاء محكمة النقض حتمية اثبات الامر السابق نظراً لأن دعوى الاسترداد ، بوصفها تعبير عن الملكية كحق عينى ، لا ينبغى أن تقوم الا على ذات الشيء المملوك للمسترد (٣) . ويؤدى اقرار اتفاق الاطراف السابق ، الى المساس ، من الناحية العملية ، بمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين ، حيث يمكن للبائع ، بمقتضى القرينة التى يقيمها الاتفاق لصالحه ، استرداد كل البضاعة الموجودة لدى المشترى المفلس حتى ولو كلنت مدفوعة الثمن أو كانت مشابهة لبضاعته (٤) . ويصبح البائع الائتمانى ، فى هذه الحالة ، فى مركز متميز عن سائر دائنى المشترى المفلس ، مما يخل بمبدأ

---

(١) Rennes, 10 fév. 1983, Gaz.Pal 1983.1.161, note Garcin et Thieffry - Montpellier, 18 fév. 1988, Petites Affiches, 5 fév. 1990, P.14 note F. Pérochon.

(٢) Com. 9 jan. 1990, Bull . Civ. IV, n. 8.

(٣) F. Pérochon, La réserve de propriété dans la Vente de meubles Corporels, thèse, Litec , 1988, P. 199, n. 214.

(٤) نفس الموضع .

المساواة فيما بينهم ، وهو مبدأ متعلق بالنظام العام (١) .

لم تكن تلك الاعتبارات خافية ، بطبيعة الحال ، على قضاة الموضوع عندما أقروا اعمال الاتفاق الذى ابطلته محكمة النقض ، فمثل هذا الاتفاق يتعلق ، لديهم بعبء الاثبات فقط ، ولا يشكل بذاته مساساً بمبدأ المساواة بين الدائنين . وان كانت النتائج التى تترتب على اعماله تؤدى بالضرورة ، الى الاخلال بذلك المبدأ . وهذا ما وقفت عنده محكمة النقض واسست عليه قضاءها ولو تعارض ذلك مع مبدأ الحرية التعاقدية وسلطان الارادة (٢) .

ولا ينبغى فى هذا المقام ، أن نغفل مشروعية حرص البائع على الحفاظ على حقوقه من خلال تفادى الصعوبات الناشئة عن اثبات شروط اعمال دعوى الاسترداد ، خاصة فيما يتعلق باثبات الحالة العينية للبضاعة المراد استردادها وتمييزها عن غيرها . يؤدى ذلك الحرص الى تفتق العمل عن كثير من الممارسات والشروط التى من شأنها مفاداة البائع العقبات التى قد تواجهه عند اعمال حقه . ويكشف موقف محكمة النقض السابق عن تشددها الواضح فى هذا المقام ازاء نظرتها للطبيعة الاستثنائية لشرط الاحتفاظ بالملكية . ويعرب ذلك الموقف عن اتجاهها بالضرورة فى المستقبل ، الى الحد أو ابطال تلك الاتفاقات أو الممارسات التى من شأنها تسهيل اعمال شرط الاحتفاظ

---

(١) Mouly, Procédures Collectives : assainir le régime des sûretés, Etudes . R. Rablot , P. 533, n. 5 et s.

M.J. Reymond de genile, Le principe de l'égalité entre les Créanciers chirographaires et la loi du 13 juill. 1967, thèse , Sirey, 1973.

(٢) R. Houin, L'introduction de réserve de propriété dans le droit français de la faillite . J.C.P. 1980. 1.2978, n. 13.

بالملكية أو اخراج البضاعة من الضمان العام للدائنين (١) . ومن الامثلة على ذلك اتفاق الاطراف على تحديد المقصود بالحالة العينية للبضاعة ، أو المقصود بقبول المشترى للشرط (٢) .

### (ب) اندماج المنقول المبيع بالعقار أو الحاقه به :

هل يمكن أن يصبح المنقول ، الذى يحتفظ البائع بملكيته الى حين استيفاء الثمن ، عقاراً بالتخصيص اذا وضعه المشترى فى عقار يملكه بقصد رصده لخدمة هذا العقار أو استغلاله ؟ وما هو تأثير ذلك على دعوى الاسترداد المخولة للبائع فى حالة عدم الوفاء بالثمن ؟

لا شك أن للتساؤل أهميته حيث تتوقف عليه فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية ، اذ ترتبط تلك الفعالية بمدى امكانية استرداد البائع للمنقول الذى لم يستوف ثمنه . ويشترط لممارسة دعوى الاسترداد أن يكون المبيع منقولاً وليس عقاراً ، وأن يظل محتفظاً بحالته العينية ، وان يسهل فصله وتمييزه عن غيره ، أى انه ينبغى أن تظل البضاعة على حالتها الأولية دون تحويل أو تصنيع ، وان تظل مستقلة لم يتم ادماجها فى عقار (٣) .

الواقع انه بتأمل المادة ٥٢٤ مدنى فرنسى نجد أنها تشترط ، كى يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، أن يكون مملوكاً لنفس المالك الذى رصده لخدمة عقاره واستغلاله (٤) . ومن ثم يجب أن يكون رصد المنقول لهذا الغرض قد تم بمعرفة المالك نفسه ، وأن يكون العقار

---

(١) F. Pérocon, obs. D. 1990, P. 91.

(٢) انظر تطبيقاً للصعوبات التى تثيرها اعمال تلك المسائل مما يدفع الاطراف الى محاولة تفاديها .

Com. 7 juin 1988, Bull. Civ. IV, n. 193- 6 mars 1990, Ibid, n. 73, n. 66.

(٣) Ripert et rablot, droit Commerical, 11, n. 3161- Sionne, traites des procédures Collectives, n. 905.

(٤) نفس المعنى فى المادة ٢/٨٢ مدنى مصرى .

والمنقول المرصود على خدمته أو استغلاله فى ملك شخص واحد (١) .

وحيث أن المنقول موضوع البحث اشتراه مالك العقار بعقد تم تعليق انتقال الملكية فيه على الوفاء بكامل الثمن ، فانه لا يصبح مالكاً لهذا المنقول إلا بعد الوفاء بالثمن ، ومن ثم لا يمكن أن يكتسب المنقول صفة العقار بالتخصيص قبل سداد الثمن ، بل يظل محتفظاً بصفته ويعامل على هذا الاساس ولو تم رصده لخدمة العقار أو استغلاله . وعلى ذلك يجوز للبائع استرداده فى حالة عدم استيفاء الثمن (٢) .

ولكن الصعوبة تثور فى حالة ما اذا كان هذا المنقول قد ارتبط بالعقار بمادة لاصقة على نحو دائم يصعب معها فصله دون كسر أو اتلاف . يرفض القضاء دعوى الاسترداد ، فى هذه الحالة ليس فقط لأن المنقول لم يصبح عقاراً بالتخصيص كما رأينا ، بل لتغير حالته العينية من خلال ادماجه ضمن شىء آخر ، وذلك شرط جوهرى لقبول تلك الدعوى (٣) .

ففى واقعة تتعلق بمادة خاصة بتجفيف عجينة الورق ، تم تثبيتها ضمن خط التصنيع المعد لذلك بالمصنع . طلب المورد استرداد تلك المادة ، المحتفظ بملكيتها ، من المشترى المفلس ، ذلك أنها لم تصبح عقاراً ويمكن فصلها عن المصنع ، رفضت محكمة الموضوع ذلك الطلب لأن عملية الفصل تتطلب ثمناً باهظاً فى الوقت والتكلفة وتؤدى الى تدهور قيمة الجهاز بالكامل وتوقف سير خط التصنيع . طعن طالب

---

(١) Enc. Dalloz, Rep. Civ. Biens, n. 119 et la juris prudence Citée.

(٢) J. Acquaviva et C. Bacrot, op. cit, n. 046.

(٣) Com. 10 juill. 1990, Bull . Civ. IV, n. 206-R. D. Com., 1991, P. 285 obs. B. Bouloc.

Com. 6 jan. 1987; R.d. banc. 1987. 101 note Defossez.

الاسترداد بالنقض على الحكم المذكور مستنداً الى انه شوه طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية ، وأنه يستحيل ادماج منقولات لا يملكها المشترى فى العقار ، وأنه يخالف اتفاق الاطراف على امكان استرداد المنقول طالما كان من الممكن فصله عن العقار . ايدت محكمة النقض الحكم المستأنف لأن المادة المراد استردادها لرتبطت بعناصر عقارية فى المصنع اقيمت خصيصاً لها ، وتكون بذلك قد اندمجت بالعقار وفقدت طبيعتها العينية ومن ثم لا يجوز استردادها (١) .

(جـ ) تغير الحالة العينية للبضاعة :

ان بقاء البضاعة المحتفظ بملكيتها على حالتها العينية شرط ضرورى لقبول دعوى استردادها من قبل البائع فى حالة عدم استيفاء الثمن . لا تقبل دعوى استرداد البضاعة التى تم تحويلها او ادماجها (٢) ضمن مواد لخرى ، كما لو تعلق الامر باخشاب تحولت الى اثاث او مواد بناء استخدمت فى التشييد او اقشمة تحولت الى ملابس او أصواف نسجت الى معاطف (٣) او قطع غيار الحقت ضمن الات ومعدات معينة (٤) .

يستقر قضاء النقض على انه يدخل فى سلطة محكمة الموضوع تقدير ما اذا كانت البضائع المسلمة للمشترى لم يتم تحويلها او ادماجها ضمن مواد لخرى ، ولا تزال على حالتها العينية وقت الحكم بشهر افلاسه . وهو الوقت الذى يعتد به للتعرف على البضاعة المراد

---

(١) Com. 6 jan. 1987, Bull. Civ. IV, n. 4, R.d. Com. 1988, P. 119, obs. B. Bouloc.

(٢) Transformé ou incorporé.

(٣) T.Cim. Nice, 27 oct. 1980, D. 1981, IR. 9. obs. Derrida.

(٤) Rép. Com., 2eme éd., V. failiite, Effets, droit des Créanciers, n. 1583 et s.

استردادها . ويقع عبء اثبات ذلك على عاتق طالب الاسترداد ، ويمكنه الاستعانه ، فى هذا المقام ، بكافة طرق الاثبات (١) .

يسهل ، فى الغالب ، تحديد مدى بقاء البضاعة على حالتها العينية ، إلا انه ، فى بعض الاحيان ، تثور صعوبات جمة فى هذا الصدد . عرض الامر بصدد « بطاريات كهربائية » تسلمها المصنع واستخدمها فى تشغيل آلات معينة . رفضت محكمة الاستئناف استرداد البضاعة لتغير حالتها العينية ، فهى بوضعها فى الآلات تكون قد استخدمت وفقدت بالتدريج شحنتها ولم تعد فى حالتها الجديدة . نقضت محكمة النقض الحكم مقررة ان المشرع يعتد فقط بتحول البضاعة بفعل الانسان وليس بتناقص أو تدهور قيمتها المادية ، ومن ثم فانه يجوز استرداد البطاريات طالما كان من الممكن فصلها عن الآلات (٢) . وفى واقعة أخرى تعلق الامر بآلة تم تثبيتها فى الأرض بأدوات معينة ومادة صلبة . أيدت محكمة النقض الحكم القاضى باسترداد الآلة رغم اندماجها فى العقار ذلك ان تثبيتها لا يتعارض مع امكانية فصلها ونزعها من الأرض المثبتة عليها (٣) .

وفى الاتجاه المقابل اعتبرت محكمة النقض ان الحاق آلة التجفيف بالعناصر العقارية للمصنع يعد ادماجاً لها بالعقار ، وتفقد حالتها العينية ، ولا يجوز للبائع استردادها (٤) . ونفس الحكم بالنسبة للأدوات التى تدخل فى تكملة خط انتاج المصنع حيث تصبح جزءاً لا

---

(١) Com. 12 déc. 1984 (2 arrêts) , Bull, Civ. IV, n. 347 et 348.
Rep. Com., op. cit .

(٢) Com. , 29 Jan. 1991, Bull. Civ. IV, n. 47.
وانظر فى جواز استرداد « اطارات عجل السيارة » Pneumatiques رغم تركيبها. Com. 18 juill. 1989 , R.d. Banc. 1990. 51

(٣) Com. 12 fév. 1991, Bull. Civ. IV, n. 69.

(٤) Com. 6 jan. 1987, op. cit.

لا يتجزء منه وتندمج بالتالى فى العقار ذلك أنه قد تم تثبيتها بأحكام فى أماكن متعددة من المنشآت وفقدت بالتالى حالتها العينية (١) .

**(د) بقاء المبيع المحتفظ بملكيته ، على طبيعته فى القانون الألمانى :**

ينبغى التفرقة ، فى القانون الألمانى ، بين نوعين من شرط الاحتفاظ بالملكية : شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط ، وشرط الاحتفاظ بالملكية الممتد .

أما عن الشرط الأول فهو الصورة المعروفة فى القانون الفرنسى ، وتنطبق عليه نفس الاحكام تقريباً . ويبدو ذلك بوضوح من الاعمال التحضيرية لقانون ١٢ يناير ١٩٨٠ الفرنسى ، حيث قرر واضعوه صراحة ان مجال اعماله يقتصر على شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط (٢) . يقتصر البائع ، فى هذه الحالة ، على مجرد النص على الاحتفاظ بملكية المبيع لحين استيفاء الثمن . يفقد هذا الشرط فعاليته وقيمته اذا تعلق الامر ببضاعة مخصصة للاستهلاك مباشرة بمجرد الحصول عليها أو ببضاعة مسلمة لصانع ليقوم بتصنيعها ويتم بالتالى تحويلها أو ادماجها ضمن مواد أخرى ، أو ببضاعة مسلمة لتاجر لإعادة بيعها . ويترتب على كل ذلك عدم أحقية البائع فى استرداد البضاعة التى فقدت حالتها العينية ، فى حالة عدم استيفاء الثمن . اذ ينقضى شرط الاحتفاظ بالملكية بسبب واقعة تحول البضاعة

---

(١) Com., 10 juill. 1990, op. cit.

(٢) حيث تقدم M.Cherioux ، امام مجلس الشيوخ، بطلب تعديل مشروع قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ بهدف مد نطاق تطبيقه الى الشروط التى تمد الاحتفاظ بالملكية الى حالة تحول البضائع المبيعه . تم سحب الطلب بناء على راى لجنة القوانين التى حددت أن المشروع ينبغى تطبيقه فقط على الشروط البسيطة للاحتفاظ بالملكية .

Sénat, débats, 11 déc. 1979, J.O., P. 5326.

سواء فى القانون الفرنسى ، كما رأينا (١) ، أو فى القانون الألمانى (٢) .

لذا يجرى العمل فى القانون الالمانى ، على قصر شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط على المنقولات الثابتة أو المعمرة كالأجهزة الكهربائية والآلات والتجهيزات التى تخصص للاستخدام بذاتها دون تحويل أو ادماج . أما بالنسبة للمنقولات الأخرى المعدة للاستغلال والتداول التجارى ، سواء بذاتها أو بعد تحويلها أو ادماجها أو تصنيعها ، فتخضع لشرط الاحتفاظ بالملكية الممتد (٣) .

كان من الضرورى التوفيق بين مصلحة المشترى فى استغلال المبيع ، ومصلحة الاقتصاد فى تشجيع النشاط الصناعى والتداول التجارى ، ومصلحة البائع فى ضمان استيفاء الثمن وتشجيعه على منح الائتمان . تتفق العمل ، منذ أكثر من خمسين عاماً ، عن ظهور الكثير من الصور المختلفة لشرط الاحتفاظ بالملكية ، التى أقرها القضاء الألمانى فى العديد من أحكامه (٤) . أصبح أمام الموردين العديد من الصياغات للشرط المذكور يمكنهم اختيار ما يتفق منها والمصالح المشتركة للأطراف (٥) .

يهمنا ، فى هذا المقام ، صورة معينة هى « شرط التحول » الذى يلقى نجاحاً كبيراً فى عالم الاعمال . يواجه الشرط ، عملاً ، حالة

---

(١) انظر ما سبق ص ١٤٣.

(٢) حيث تقضى المادة 950BGB$ بان « كل من ينتج ، من خلال تحويل أو تصنيع مادة أو عدة مواد ، شيئاً منقولاً جديداً ، يكتسب ملكيته ، ما لم تقل قيمة التحويل ، أو التصنيع ، بصورة ملحوظة ، عن قيمة المواد المستخدمة ... يؤدى اكتساب الملكية على الشيء الجديد الى انقضاء الحقوق الواردة على المواد المستخدمة » .

Stumpf, op. cit.

M. Pédamon, op. cit.

(٣)

(٤) نفس المرجع .

(٥) انظر فى هذه الصياغات للشرط ما يلى ص١٩٠.

المشتری الصانع أو الحرفی الذی یقوم بعمل وتصنیع وتحویل المواد الأولیة ونصف المصنعة ، التی یشتریها ، الی مواد کاملة التصنیع او اکثر اعداداً . هنا یمتد شرط الاحتفاظ بالملکیة الی المواد الجدیدة الناتجة عن تحویل البضاعة الاصلیة . وینتقل ضمان المورد الی تلك المواد . یثور التساؤل ، فی الواقع ، عن الصورة التی یمکن اللجوء الیها فی صیاغة الشرط المذکور للوصول الی تلك النتیجة . یکشف العمل عن صور ثلاث (١) :

تتمثل الصیاغة الأولی فی اتفاق الاطراف علی أن یکون تحویل البضاعة لحساب البائع المحتفظ بملکیتها ای المورد ، حیث یعد ، فی هذه الحالة بمثابة الصانع . وینطبق علیه حکم المادة ٩٥٠ (٢) . ینتقل شرط الاحتفاظ بالملکیة ، أنذاك ، من المواد الأولیة أو نصف المصنعة التی کانت محملة به ، الی المواد جدیدة الصنع . ونوجد ، فی هذا الصدد ، أمام ظاهرة الحلول العینی بالمعنی التقلیدی .

وتتمثل الصیاغة الثانیة فی الاتفاق صراحة علی استبعاد آثار المادة ٩٥٠ ، ای أن المشتری ، الذی یقوم بتحویل أو تصنیع البضاعة التی یحتفظ البائعه بملکیتها ، لا یکتسب ملکیة الشیء المحول أو المصنع ، ویظل ، بالتالی مملوکاً لمالك المواد المستخدمة فیه .

وتتمثل الصیاغة الثالثة ، اخیراً ، فی الاتفاق علی أن تکون المنتجات الجدیدة ، بحسب المآل ، محلاً لنقل الملکیة علی سبیل الضمان لصالح المورد ، ویکون ذلك عن طریق وضع الید بالانابة (٣) ، أی أن هذه المنتجات تنتقل ملکیتها ، مسبقاً ، للمورد علی سبیل الضمان . ویبدی الفقه ، فی مجموعه ، تأییداً کبیراً لتلك الصیاغة التی

---

(١) المرجع السابق .

(٢) انظر ما سبق ١٤٦ هامش ٢.

(٣) Constitut possessoire .

لا تؤدى الى نقل الملكية على سبيل الضمان إلا بطريق غير مباشر ، بعد التملك المسبق عن طريق المشترى الصانع . ولكن الصياغة الأولى هى الأكثر شيوعاً وتم اقرارها من قبل القضاة فى اكثر من مرة .

يثور التساؤل حول الفرض الذى يقوم الصانع أو الحرفى باستخدام أموال أو بضائع ، حصل عليها من عدة موردين فى انتاج المواد الجديدة . يجوز ، فى هذه الحالة ، لكل مورد أن يشترط بأنه يصبح شريكاً فى ملكية المواد الجديدة المصنعة وذلك بنسبة قيمة ما ورده من مواد مقارنة بما ورده الآخرون . وتوجد شروط مماثلة تؤدى الى نفس النتيجة ، اى الملكية المشتركة بين الموردين ، فى حالة الاموال أو البضائع المسلمة بقصد مزجها كالسوائل أو الغازات ، أو خلطها كالحبوب والفحم (١) .

ولتوقى أى لبس أو غموض أو مشاكل فيما يتعلق بحصة كل مورد فى ملكية المنتجات الجديدة يبدو من الضرورى تنظيم نوع من الملكية على الشيوع . وتتحدد حصة المورد بنسبة قيمة البضاعة التى وردها مع الاحتفاظ بملكيتها ، الى قيمة المنتج النهائى . ويمكن الاتفاق على طرق أخرى لتحديد تلك الحصة . وأياً ما كان الامر ، فإنه يجب التأكيد أن الاتفاق على مد الاحتفاظ بالملكية الى المنتجات المصنعة أو المركبة من مواد يحتفظ الموردون بملكيتها ، يجب أن يكون واضحاً ويحدد حصة المورد فى ملكية المنتج على الشيوع . يجب ان يسمح الاتفاق ، على الأقل ، بالتحديد الدقيق لهذه الحصة ، والا كان باطلاً (٢)

---

(١) M. Pédamon, op. cit.

(٢) Gérard Meissner, L'opposabilité de la propriété, Gaz. Pal. du 27 juin 1972, P. 369.

## المطلب الثاني

## أحكام دعوي الاسترداد

نعرض لكل من الجانب الاجرائى فى دعوى الاسترداد والجانب الموضوعى المتمثل فى آثارها .

### الفرع الأول

### اجراءات دعوى الاسترداد

تخضع دعوى الاسترداد ، كقاعدة عامة ، لنفس الاجراءات والضوابط التى تخضع لها الدعاوى الأخرى ولعل ما يستوجب الاشارة ، فى هذا المجال ، هو كل من اهلية الخصوم من جهة والاختصاص بنظر الدعوى من جهة اخرى .

**أهلية الخصوم :**

ان أهلية الخصوم فى دعوى الاسترداد لا تستوجب حديثاً منفرداً عن حكم القواعد العامة فيما يتعلق بالأهلية والتمثيل القانونى . ويلزم توافر أهلية الأداء فيمن يبرم التصرف المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية (١) . يغلب أن تتوافر فى هذا التصرف صفة العمل التجارى ومن ثم تنطبق عليه القواعد الخاصة بالأهلية التجارية .

يستلزم الحكم بشهر الافلاس ، بمجرد صدوره ، رفع يد المدين عن ادارة أمواله والتصرف فيها . ويتولى السنديك ذلك تمهيداً لبيعها وتوزيع ثمنها بين الدائنين قسمة غرماء (٢) . يثور التساؤل ، فى هذا المقام ، عن حكم التصرف الذى يبرمه السنديك للحصول على بضائع لازمة لاستغلال أموال المفلس اذا تضمن هذا التصرف شرط الاحتفاظ بالملكية .

---

(١) J. Acquaviva et C. Bacrot , op. cit., n. 069, 070.

(٢) م ١٢٦ تجارى مصرى ، ٤٤٣ تجارى فرنسى ، ١٤ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ فرنسى .

. لا شك فى صحة التصرف المذكور طالما تم ابرامه بواسطة السنديك المأذون له بالاستمرار فى تجارة المفلس (١) . ولما كان السنديك ، فى هذا التصرف ، ينوب عن جماعة الدائنين كشخص معنوى ، فان آثاره تنصرف الى التفليسة . ويصبح البائع دائناً للجماعة التى تلتزم قبله بكل ما يترتب على البيع من التزامات وأهمها الوفاء بكامل الثمن . ويتم اعمال شرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة الجماعة طبقاً للقواعد العامة (٢) .

### الاختصاص بنظر دعوى الاسترداد :

يجوز للبائع التوجه الى السنديك بطلب استرداد البضائع المحتفظ بملكيتها والتى لم يتم الوفاء بثمنها . ولا يغنى هذا الطلب عن وجوب رفع دعوى الاسترداد أمام المحكمة المختصة خلال ثلاثة اشهر من تاريخ النطق بالحكم بفتح التفليسة ، والا سقط حقه فى الاسترداد . ولا يغنى عن تلك الدعوى اية مطالبة أو خطابات مسجلة توجه الى السنديك فى هذا الخصوص (٣) ويثور التساؤل عن المحكمة المختصة بدعوى الاسترداد (٤) .

ذهب البعض الى أنه ينبغى على البائع التوجه بطلب الاسترداد الى مأمور أو قاضي التفليسة خلال مدة الثلاثة أشهر السابقة ، حيث يكون له ، كسلطة قضائية ، بعد التحقق من توافر الشروط ، أن يأمر برد البضاعة الى المورد المحتفظ بملكيتها . وإذا رفض المأمور أو تأخر

---

(١) انظر فيما يتعلق بجواز الاستمرار فى تجارة المفلس م ٢٦٢ تجارى مصرى .
Ripert, Durant et Roblot, op. cit. P. 408, 430.

(٢) J. Acquaviva et C. Bacrot, op. cit.

(٣) Com. 18 avr. 1985, Bull. Civ., IV.n. 116.

(٤) M. Calendini , la juridiction compétente pour connaître d'une revendication reposant sur une Clause de reserve de propriété , Petites Affiches, 21 oct. 1983.

عن اجابة طلب الاسترداد، خلال مدة معقولة ، كان للبائع التوجه الى المحكمة المختصة بنظر افلاس المشترى ، ومن ثم فان تلك المحكمة لا تنظر دعوى الاسترداد بداءة بل تنظرها فقط من قبل الطعن على الامر الصادر من مأمور التفليسة (١) .

رفضت محكمة النقض هذا الاتجاه مقررة أنه لا يوجد فى القانون ما يمنع المحكمة التى تنظر الافلاس من نظر دعوى الاسترداد . ومن ثم فإن الاختصاص بنظر تلك الدعوى ينعقد لكل من مأمور التفليسة ومحكمة الافلاس ، ويكون المدعى بالخيار بينهما (٢) . ويقبل الحكم الصادر من محكمة الافلاس الطعن عليه بالمعارضة والاستئناف والنقض ، سواء كان الحكم المطعون فيه قد صدر منها بداءة أو بناء على تظلم من الامر الصار من مأمور التفليسة (٣) .

## الفرع الثانى

### آثار دعوى الاسترداد

اذا توافرت شروط دعوى الاسترداد حكم القاضى برد البضاعة التى لم يتم الوفاء بثمنها الى البائع باعتباره مالكاً احتفظ بملكيتها ، رغم التصرف فيها ، من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية .

---

(١) Y. Chaput, Droit de redressement et de liquidation juridiciaires, 2eme éd, n. 368 et la juris pruidense Cité.

(٢) Com. 3 mars 1987, Bull. Civ. IV. n. 59- 14 juin, 1988, Bull . Civ., IV, n. 205.

ولم يغير التشريع الحديث من موقف المحكمة فى ظل القانون السابق ١٣ يوليو ١٩٦٧ ، بل ان الحكم الاخير قد استند صراحة الى كل من المادة ٢/١٧٣ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ ، م ١٧٤ من Decret ٢٧ ديسمبر ١٩٨٥ . انظر فى ذلك :

B. Bouloc, obs., R. D. Com. 1991, P. 284.

(٣) Y. Chaput , op. cit .

ولا تقبل دعوى الاسترداد ، بطبيعتها التجزئة حيث تمارس بالنسبة لكل البضاعة ولو كان المتبقى للبائع جزءاً من الثمن فقط ، ذلك ان محل هذه الدعوى كوسيلة من وسائل الضمان هو حق الملكية الذى يرد على الشيء ذاته . ومن ثم فهو لا يتجزأ (١) . وقد اقرت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ صراحة بصدد صفقة بيع سيارتين . أفلس المشترى بعد الوفاء بجزء من الثمن . أجابت المحكمة طلب البائع استرداد السيارتين ورفضت الدفع بالتجزئة . نظراً لأن موضوع الاسترداد هو شيء معين بالذات ، ومن ثم فان الالتزام بالرد غير قابل للتجزئة (٢) .

ولعل فى ذلك مكمن قوة شرط الاحتفاظ بالملكية الذى تتأكد فعاليته من خلال الدعوى المذكورة ، حيث يؤكد القضاء من جهة أخرى عموم تطبيقها . فالبائع يستطيع المطالبة باسترداد البضائع التى لم يستوف كل ثمنها من المشترى المتقاعس عن الدفع أو الموضوع تحت التسوية قضائية أو تصفية الاموال . ويستوى فى ذلك أن يكون المال موضوع الدعوى بضاعة مستهلكة أو تجهيزات مهنية . ويستوى أن يكون البائع طالب الاسترداد دائناً عادياً أو دائناً يحظى بتأمينات خاصة (٣) . ويضمن البائع بذلك استيفاء حقه كاملاً دون التعرض لمزاحمة باقى دائنى المشترى المفلس .

---

(١) Zampou, La réserve de propriété dans les Ventes à Crédit. Contribution à la garantie du Crédit mobilier , Strasbourg, 1984, P. 12.

M. Cabrillac, les accessoires de la Créance , Mélange Weill, 1983, P. 107 et spéc. P. 111à 115.

(٢) Com. 15 mars 1988, R. D. Com, 1988, P. 287, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

(٣) Com. 13 mars 1986, R. D. com., 1986, P. 289, obs.J. Hemard et B. Bouloc.

وقد يبدو ميسوراً أعمال آثار دعوى الاسترداد على النحو السبق ، إلا أنه يثير ، من الناحية الواقعية ، العديد من المشاكل ؛ حيث يثور التساؤل بصدد تأثير الاسترداد على العقد القائم بين البائع والمشترى ، ودور الشرط الفاسخ الصريح الذى قد يوجد فى العقد ، ومصير الجزء من الثمن الذى تقاضاه البائع ودور الشرط الجزائى المنصوص عليه أحياناً فى العقد ، ومدى امكانية دخول البائع كدائن عادى ضمن جماعة دائنى المشترى ، وما هو مصير حق البائع فى حالة تغير الحالة العينية للبضاعة المبيعة .

### (أ) أثر الاسترداد على عقد البيع :

يثور التساؤل حول مصير عقد البيع المبرم بين البائع والمشترى فى حالة استرداد الأول للبضاعة التى يحتفظ بملكيتها ، بسبب تخلف الثانى عن الوفاء بالثمن . فما هو تأثير الاسترداد على تلك العلاقة التعاقدية ؟

قد يبدو التساؤل غريباً حيث يصعب تصور بقاء البيع بالرغم من استعادة البائع للبضائع التى يحتفظ بملكيتها . ولكن التساؤل يبدو منطقياً بالنسبة للاتجاه الذى يرى فى شرط الاحتفاظ بالملكية فصل بين عقد البيع ذاته وبين عملية نقل الملكية . فالعقد ينعقد باتاً بين الطرفين ويرتب آثاره كاملة ، إلا فيما يتعلق بنقل الملكية حيث لا يتم ، تلقائياً ، بمجرد ابرام العقد ، بل يتم الاتفاق على ارجائه لحين الانتهاء من دفع الثمن . وهذا اتفاق جائز لعدم تعلق الامر بالنظام العام . وبناء عليه ، فانه طبقاً لذلك التحليل ، يمكن تصور بقاء العقد بالرغم من الاعمال الكامل لدعوى الاسترداد . ولا ينقضى البيع إلا عن طريق دعوى الفسخ أو اعمالاً للشرط الفاسخ الصريح المتفق عليه (١) ، خاصة وأنه لا يوجد أى نص يقضى صراحة أو ضمناً بفسخ العقد اثر

---

(١) J, Ghestin, reflesions ..., op. cit ., n. 16- Rives- lange, Banque, 1988. 704.

مباشرة دعوى الاسترداد . بل ان نص المادة ٦١ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦١ يقضى صراحة ، فى الاتجاه المضاد ، بأن فسخ العقد يبرر قبول دعوى الاسترداد (١) .

يرفض البعض قبول هذا الاتجاه حيث يترتب عليه تجريد دعوى الاسترداد من كل فاعليه . فبالرغم من استرداد البائع للبضاعة لتصبح فى حيازته وملكاً له ، إلا انه لا يستطيع اعادة بيعها طالما بقى التزامه بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشترى إذا أوفى بالثمن ، النابع من العقد القائم دون فسخ . حقاً ان النصوص الحالية لا تعطى ضوءاً واضحاً فى هذا المجال ، إلا ان نية المشرع تتجه بلا شك ، الى تخويل البائع وسيلة ضمان قوية لاستيفاء حقه . لذا يبدو من المأمول ، فى ظل غياب الوضوح التشريعى ، اتجاه القضاء الى قبول انقضاء عقد البيع كنتيجة لاعمال دعوى الاسترداد (٢) . ويؤدى القول بغير ذلك الى وضع البائع فى دائرة مقفلة دون أن يعود الامر بأية فائدة على جماعة الدائنين . بل ان الامر يمكن أن يضر بمصالحهم ، حيث يؤدى القول ببقاء العقد ، رغم استرداد البائع للمبيع ، الى عدم التزامه برد الجزء من الثمن الذى استوفاه من المشترى . ويترتب على ذلك حرمان الضمان العام من عنصر ايجابى اضافى . ويصبح ، بالتالى ، عدم وقوع الفسخ أمراً ضاراً بالمدينين بعد أن كان مقرراً لصالحهم ، مما يؤيد القول بوجوب تبعية فسخ البيع لاعمال دعوى الاسترداد وحتمية الربط بينهما (٣) . وقد سارت فى نفس الاتجاه ، دون الوصول ال ذات النتائج ، محكمة استئناف بوردو فى حكم حديث لها مقررة ان

---

(١) F. Pérochon, Juriscl. Contrats - Distribution, Fasc. 925, n. 97 et 102.

(٢) J. Acquaviva et C. Bacrot, op. cit., n. 121, 122.

(٣) M. Storck, Revendication des marchandises et sort d'un Contrat de Vente Conclu avec une Clause de resérve de propriété, D. 1988, P. 131.

استرداد المبيع يؤدى الى فسخ البيع . وينقضى ، بالتالى ، حق البائع فى الثمن قبل المشترى . وتصبح الاقساط التى تقاضاها من الثمن بلا سبب ومن ثم يتعين عليه ردها (١) .

رفضت محكمة النقض الفرنسية صراحة هذا الاتجاه الاخير : طلبت الشركة البائعة استرداد البضاعة من المشترى المفلس ، أو مبلغ التأمين الذى حل محلها اثر هلاك جزء منها فى الحريق . أقرت محكمة النقض استرداد الشركة للبضاعة بصفتها مالكة استناداً الى شرط الاحتفاظ بالملكية النافذ فى مواجهة جماعة الدائنين . وتظل الشركة ، فى ذات الوقت ، محتفظة بوصف البائع ويمكنها التقدم بحقوقها كدائن ضمن دائنى المشترى . رفضت المحكمة دفاع الطاعن المبنى على ان اعمال شرط الاحتفاظ بالملكية هو فى جوهره دعوى فسخ للبيع ومن ثم يتعارض طلب الفسخ مع طلب تنفيذ العقد من خلال التقدم كبائع ضمن التفليسة للمطالبة بحقوقه . وقررت المحكمة ان دعوى استرداد البضاعة ليست دعوى فسخ للبيع ، ذلك ان قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ المنظم للدعوى الاولى ليس قانوناً للبيع بل جاء لتنظيم نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية فى مواجهة جماعة الدائنين . ومن ثم لا يمكن القول بأن هذا الشرط قد أصبح شرطاً فاسخاً (٢). وتحتفظ دعوى الاسترداد بذاتيتها عن دعوى الفسخ . ويظل البائع المسترد بائعاً دائناً بالثمن . وإذا لم تفى قيمة البضاعة المستردة بهذا الدين ، ظل المشترى مديناً بالفرق مما يبرر أحقية البائع فى الدخول للمطالبة به ضمن جماعة الدائنين (٣) .

---

(١) C.d'Apple de Bordeaux, 2ème ch. 27 fév. 1990, D. 1991. P. 191, note F. Pérochon.

(٢) Com 1er oct. 1985, Bull. Civ. n. 222 - 11 mai 1984, Ibid, n. 154.

(٣) E. du Pontavice, Interêts et limites de la Clause de réserve de propriété, D. 1981, P. 1.

لا شك ان تلك المكنة المخولة للبائع تبدو عديمة الجدوى فى حالة الافلاس ، الا أن اهميتها تظهر فى القضية موضوع البحث ، بسبب وجود مبلغ التأمين على البضاعة المحروقة ، حيث يثور التساؤل حول صاحب الحق فى هذا المبلغ هل البائع أم جماعة الدائنين ؟ قررت المحكمة ان تبعة هلاك المبيع انتقلت بموجب الاتفاق الى المشترى رغم انه لم يصبح بعد مالكاً له ، ومن ثم فان مبلغ التأمين لم يدخل فى ذمته الماليه بل يحل محل البضاعة التى يحتفظ البائع بملكيتها (١) . وبعبارة أخرى فان محكمة النقض تستند بوضوح الى مبدأ الحلول ، وتتبنى حلاً مقارباً للحل القائم بصدد تأمين المسئولية فيما يتعلق بالحق المباشر للغير المضرور (٢) . ونظراً لأن هذا الحل يواكب مصلحة البائع ، فإنه يتفق وروح قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، وسيظل معمولاً به ، بلا شك ، فى ظل نصوص قانون ٢٥ يناير ١٩٨٠ (٣) .

ويأخذ الفقه والقضاء، فى مصر، بنفس الاتجاه . اذ لا يتم فسخ البيع بقوة القانون نتيجة لتخلف الشرط الواقف لنقل الملكية ، بل تقدر المحكمة الحكم به بناءاً على طلب البائع الذى قد يختار التنفيذ بدلاً من الفسخ . ويتمثل التنفيذ فى المطالبة بباقى الثمن ، ويعد ذلك تنازلاً عن الاحتفاظ بالملكية . وللبائع استيفاء حقه فى الثمن من قيمة المبيع بالأولوية على سائر الدائنين طبقاً لامتياز البائع (٤) . ولكن البائع ، كما نعلم ، يفقد حقه سواء فى الامتياز أو استرداد المبيع فى حالة افلاس المشترى .

---

(١) نفس القضاء السابق .

(٢) Art. L. 124-2. C. assur.- Civ. 3,10 jan. 1979, D. 1979, note F.D.- Mixte, 15 juin 1979, Bull. Civ., n. 1

(٣) J. Hemard et B. Bouloc, obs., R. D. Com., 1986, P. 546.

(٤) سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ١١٣ ، عبد المنعم البدراوى ص ٩٨ ، منصور مصطفى منصور ص ٢١ . مجموعة الاعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩ – قارن السنهورى الذى يرى زوال البيع تلقائياً لتخلف الشرط الواقف ( دفع الثمن ) المعلق عليه ، جـ ٤ ص٢٢٣.

وفى حالة تأمين المشترى على المبيع ، الذى يحتفظ البائع بملكيته ، يستحق المؤمن له قيمة ما يلحق المبيع من اضرار ، أما البائع المستفيد من عقد التأمين فيقتصر حقه على قبض مقابل التأمين فى حالة الهلاك الكلى . وقد طبقت محكمة النقض المصرية ذلك المبدأ بصدد بيع سيارة . اذا كانت قيمة اصلاح الاضرار التى سببها الحادث هى من حق المؤمن له الذى صدرت الوثيقة باسمه وقام بسداد اقساط التأمين ، لأنه هو المستغل للسيارة ومن حقه ان تظل فى حالة صالحة للاستعمال والاستغلال . أما الشركة البائعة فإن حقها فى اقتضاء باقى الثمن انما تضمنه السندات الاذنية الصادرة من المشترى ، كما تضمنه السيارة ذاتها التى احتفظت بملكيتها ، أما كونها هى المستفيدة من عقد التأمين فإن ذلك لا يعطيها الا الحق فى قبض مقابل التأمين فى حالة الهلاك الكلى (١) .

ويجدر الاشارة أخيراً الى أن فسخ العقد يمكن أن يتم ، طبقاً للقواعد العامة ، من خلال دعوى الفسخ المنصوص عليها فى المادة ١١٨٤ فرنسى أو اعمالاً للشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه (٢) . ونظراً لأن وجود ونفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية لا يعنى بالضرورة وجود ونفاذ الشرط الصريح الفاسخ فى العقد ، فانه من الافضل للبائع ، الراغب فى التخلص من العقد ، وتفادياً لحتمية اللجوء الى دعوى الفسخ ، أن يضمن البيع نصاً يقضى بفسخه اثر دعوى الاسترداد ، اعمالاً للشرط الصريح الفاسخ (٣) . فما هو دور ذلك الشرط ؟ .

### (ب) دور الشرط الصريح الفاسخ :

يمكن أن يتضمن عقد البيع ، بالاضافة الى شرط الاحتفاظ بالملكية

---

(١) نقض ١٩ مايو ١٩٨٠ المجموعة س ٣١ ص١٤٢٤.

(٢) انظر المواد ١٥٧ ، ١٥٨ مدنى مصرى .

(٣) J. Acquaviva et C. Bacrot , op. cit, n. 123.

شرطاً صريحاً فاسخاً يقضي بالفسخ التلقائي للعقد بمجرد تخلف المشترى عن دفع الثمن فى المواعيد المحددة . ويؤدى هذا الشرط الى فسخ العقد تلقائياً دون حاجة الى حكم قضائى ، حيث يقتصر دور القاضى ، فى حالة المنازعة ، على تقرير وقوع الفسخ بمجرد التحقق من وقوع المخالفة . ولا يكون له سلطة تقديرية فى الحكم بالفسخ أو منح المدين أجلاً اضافياً للوفاء (١) . يقوى الشرط الصريح الفاسخ مركز البائع الدائن حيث يساعده على التخلص بسهولة من ربقة العقد بمجرد عدم الوفاء بالثمن . ويؤدى ذلك الى تعضيد دعوى الاسترداد حيث تجد لها اساساً أخر ، بالاضافة الى شرط الاحتفاظ بالملكية ، ويتمثل فى فسخ البيع . لذا تبدو اهمية حرص البائع على تضمين العقد كل من شرط الاحتفاظ بالملكية والشرط الصريح الفاسخ فى أن واحد حتى يتمكن من استرداد بضاعته من جهة والتخلص من العقد كلية من جهة أخرى .

ولعل الاعتراض على وجوب ادراج الشرط الصريح الفاسخ فى العقد يأتي من إمكانية عدم الاحتجاج به على جماعة الدائنين فى حالة افلاس المشترى ، وتنعدم بالتالى أهميته . ومرجع هذا الاحتمال هو موقف القضاء الفرنسى بصدد تطبيق المادة ٣٨ ، ٦١ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ (٢) .

تقضى المادة ٣٨ بأن يكون للسنديك طلب تنفيذ العقود القائمة بين المفلس والغير وذلك بعرض الاداء الواجب على المتعاقد مع المفلس . ويذهب القضاء الى تطبيق النص على كافة العقود (٣) .

---

(١) انظر بحثنا : دور القاضى ازاء الشرط الصريح الفاسخ .
(٢) وتقابلان المادتان ٣٧ ، ١٢١ من القانون الجديد ٢٥ يناير ١٩٨٥ .
(٣) ولا يدخل فى ذلك بطبيعة الحال العقود التى تنقضى بقوة القانون اثر الافلاس لقيامها على الاعتبار الشخصى أو تلك التى يقتضى تنفيذها تدخل المفلس نفسه .
Enc. Dalloz, Rép. Com. Faillites, Effets. Droit des Créanciers, n. 1357- Com., 17 mars 1975, D. 1975 P. 553, note Derrida.

ويقرر القضاء أيضاً أن الخيار المقرر للسنديك بين التنفيذ والفسخ لايتعطل بوجود نص صريح فى العقد يقضى بالفسخ فى حالة افلاس المدين ، فمثل هذا الشرط لا يسرى قبل جماعة الدائنين (١) . وانطلاقاً من نفس المنطق يخشى أن تذهب المحاكم الى عدم الاحتجاج على جماعة الدائنين بالشرط القاضى بالفسخ التلقائى للعقد فى حالة عدم سداد الثمن (٢) . ويزداد هذا التخوف ازاء القضاء الصادر بصدد اعمال المادة ٦١ من نفس القانون التى تقضى بأن الفسخ لا يقع فى مواجهة جماعة الدائنين الا اذا أبدى الدائن رغبته فى التمسك به قبل الحكم بشهر الافلاس (٣) .

والواقع ان هذا الاعتراض أو التخوف ليس له ما يبرره ، اذ يرى الفقه انه ليس من المنطقى القول بعدم نفاذ الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه فى حالة عدم الوفاء بالثمن ، استناداً الى نفس الاعتبارات التى يقوم عليها القضاء السابق لاختلاف المناط فى الحالتين . ولا يتفق ذلك مع قصد المشرع الحديث الذى اتجه فى قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الى توسيع نطاق اعمال دعوى الاسترداد . ويستتبع ذلك وجوب القول بنفاذ الشرط الصريح الفاسخ فى كل حالة تطبق فيها الدعوى المنكورة . ويؤدى القول بغير ذلك الى تجريد هذه الدعوى من كل فاعلية . ان عدم نفاذ الشرط الصريح الفاسخ فى مواجهة جماعة الدائنين كان أمراً مفهوماً فى ظل النصوص القديمة لأنه كان يؤدى ، فى كثير من الحالات ، الى حرمان الدائن من امكانية اعمال دعوى الاسترداد . لختفى هذا التبرير الآن أمام التوسع فى نطاق تطبيق هذه

---

(١) G. Toujas et Argenson, T. 1, n. 912.

(٢) M. Pédamon, Des Clauses résolutoires expresses pour Causes de faillite ou de réglement judiciaire dans les Ventes mobilières, D. 1963, P. 145.

(٣) Civ., 12 déc. D.H. 1939. 146- Com. 5 janv. 1970, D. 1970. 266.

الدعوى . ومن ناحية أخرى فان عدم نفاذ الشرط المذكور لن يعود بأية فائدة على الدائنين فى حالة توافر شروط دعوى الاسترداد حيث ينبغى عليهم تحمل نتائج تلك الدعوى (١) .

**(جـ ) مصير الثمن المدفوع وتأثير الشرط الجزائى :**

يجرى العمل ، غالباً ، خاصة فى المسائل التجارية وبصدد أنواع معينة من البضاعة ، على أن يقوم المشترى بدفع جزء من الثمن عند طلب الصفقة أو التسليم . فهل يلتزم البائع ، الذى يسترد البضاعة ، برد القسط أو الاقساط التى استوفاها من الثمن ؟ ان الاجابة على هذا التساؤل تبدو حيوية بالنسبة للبائع حيث يقدر على ضوئها ما اذا كان من الانسب له أن يسترد البضاعة بحسب قيمتها أنذاك ويحتفظ بالجزء من الثمن الذى حصله أم لا .

ان الاجابة على هذا التساؤل تفترض بالضرورة فسخ البيع اثر اعمال دعوى الاسترداد . وتختلف الاجابة بحسب ما اذا كان العقد متضمناً شرطاً جزائياً من عدمه .

– عدم وجود شرط جزائى : اذا لم يتضمن البيع شرطاً جزائياً بأحقية البائع فى مبلغ معين من المال كتعويض عن وقوع الفسخ ، يتم اعمال القواعد العامة فى الفسخ حيث يعتبر البيع كأن لم يكن ويعاد كل شىء الى ما كان عليه قبل التعاقد . يسترد المشترى الثمن المدفوع مقابل استرداد البائع للبضاعه (٢) .

ويجوز للبائع ، بطبيعة الحال، أن يطالب المشترى بتعويض عن فسخ البيع الناجم عن تقصيره فى الوفاء بالثمن . ولكن مسألة التعويض أمر منفصل عن الاقساط الواجب ردها لتخلف سبب

---

(١) J. Acquaviva et C. Bacrot, op. cit, n. 127 : 129.

(٢) Civ., 20 fév. 1973, Bull . Civ. 111, n. 147 - Enc. Dalloz, Droit Civil, Vente, n. 209 De Pontavice, op. cit, P. 49.

الاحتفاظ بها (١) . ولا يجوز اجراء مقاصة بينها وبين التعويض الذى قد يستحقه عن الفسخ حيث لم يتم تقديره بعد ومن ثم فهو ليس ديناً نقدياً مؤكداً ومستحق الاداء ، وتلك هى الشروط اللازمة لاجراء المقاصة (٢) ، أضف الى ذلك أن التعويض الذى يقضى به للبائع يعد ديناً عادياً يدخل به ضمن جماعة الدائنين ويخضع ، بالتالى ، لمبدأ التزاحم وقسمة الغرماء فيما بينهم (٣).

ويفرق القضاء ، فيما يتعلق بالتعويض عن نقص قيمة المبيع ، بين ما اذا كان هذا النقص راجعاً الى الاستعمال أو سوء الصيانة اللاحق لحكم الافلاس ، أم ذلك السبق على الحكم . فالأول يعد ديناً فى ذمة جماعة الدائنين ويجوز للبائع الرجوع به عليها . ويمكن اجراء المقاصة بينه ، بعد تقديره بطبيعة الحال ، وبين القسط من الثمن الذى حصله ويلتزم برده اثر فسخ البيع . أما الثانى فيدخل به كدائن عادى ضمن جماعة الدائنين (٤) .

- وجود شرط جزائى : يتضمن عقد البيع ، أحياناً ، شرطاً جزائياً يقضى باستحقاق البائع مبلغاً معيناً على سبيل التعويض عن الاضرار التى تحل به اثر فسخ العقد لتخلف المشترى عن الوفاء بالثمن . يرد هذا الشرط ، غالباً ، فى البيع الوارد على اشياء قابلة للاستعمال بواسطة المشترى ، حيث يقدر مبلغ جزافى لتغطية الاضرار التى تحل بالبائع بسبب حرمانه من الانتفاع بالمبيع فترة وجوده بين يدى المشترى أو بسبب تدهور قيمته واستهلاكه . ويجوز للقاضى تعديل المبلغ المتفق عليه اذا تبين له عدم تناسبه الكبير مع الضرر الواقع (٥) .

يثور التساؤل حول مدى امكانية لاجراء المقاصة بين التعويض

---

(١) Paris, 27 sep. 1983, D. 1985, IR 4, obs. Derrida.

(٢) م ١٢٩١ مدنى فرنسى ، م ٣٦٢ مصرى .

(٣) انظر ما يلى ص ١٦٤

(٤) C. d'Appel de Bordeax, 2eme ch., 27 fév. 1990, D. 1991, P. 191, note F. Pérochon.

(٥) م ١١٥٢ مدنى فرنسى ، م ٢٢٣ ، ٢٢٤ مدنى مصرى .

الاتفاقى والقسط الذى تسمله البائع من الثمن . يجوز اجراء هذه المقاصة فى حالة وقوع الفسخ قبل الحكم بشهر الافلاس (١) ، أما بعد هذا التاريخ فان الامر يثير الشك . فطبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٨ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ( م ٣٧ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ ) ، اذا قرر السنديك ، عدم الاستمرار فى تنفيذ العقد القائم عند النطق بالحكم بشهر الافلاس ، جاز للمتعاقد مع المدين أن يطلب من المحكمة تأجيل التزامه برد الاقساط التى تسلمها من الثمن لحين الفصل فى التعويض المستحق له . يتضح من النص أنه لا يجوز اجراء المقاصة إلا بتصريح من المحكمة . غير أنه ينبغى ملاحظة ان النص المذكور يتعلق بالحالة التى يقع فيها الفسخ بناء على طلب السنديك (٢) . والواقع ان هذا النص لم يفعل سوى تعميم تطبيق حكم المادة ٥٥١ القديمة من القانون التجارى على كافة العقود . وقد استقر القضاء الصادر استناداً الى هذه المادة على أن التزام البائع برد اقساط الثمن التى تسلمها من المفلس الى جماعة الدائنين ، دون اجراء المقاصة مع التعويض المستحق له أمر يتعلق بالنظام العام (٣) .

اذا كان هذا هو الحكم فى حالة وقوع الفسخ بناء على طلب السنديك ، فهل يختلف الامر فى حالة وقوع الفسخ بناء على طلب البائع ؟ يرى البعض توحيد الحكم فى الحالتين ، ومن ثم يسرى حكم المادة ٣٨ ( ٣٧ من القانون الجديد ) ، أى أنه لا يجوز اجراء المقاصة بين

---

(١) G. Toujas et J. Argenson, op. cit., n. 915.

(٢) Art. 37 al. 4 de la loi du 25 jan. 1985.

وقارن مع ذلك : Civ. 29 jan. 1975, Bull. Civ. IV, n. 25.
M. Pédamon et O. Cardet, La Compensation dans les procédures Collectives de réglement du passif, D. 1976, P. 123.

(٣) Com., 25 nov. 1969, D. 1970, Som. 111- Enc. Dalloz, Rep. Com. Faillite , Effets, n. 1368.

القسط المدفوع والتعويض المستحق (١) . والراجح ان القضاء سيأخذ هذا المنحى ويرفض امكانية جمع البائع ، فى أن واحد ، بين استرداد البضاعة والاحتفاظ بالقسط المدفوع من الثمن . ولا يعنى ذلك بالتأكيد ، انكار حق البائع فى التعويض عن الفسخ ، بل ان المقصود من حظر المقاصة هو منع تمييز البائع عن بقية الدائنين اعمالاً لمبدأ المساواة فيما بين أعضاء الجماعة . ويجوز للبائع التقدم بدين التعويض ضمن هذه الجماعة (٢) .

وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية بالفعل بصدد آلة بيعت مع الاحتفاظ بملكيتها . أفلس المشترى قبل الوفاء بالثمن فطلب البائع استرداد المبيع مع التعويض عن نقص قيمته بسبب الاستعمال . فقضت محكمة الموضوع بالرد استناداً الى شرط الاحتفاظ بالملكية السارى فى مواجهة الدائنين مع الزام البائع برد القسط الذى حصله من الثمن ورفضت طلب التعويض . طعن البائع على الحكم بالنقض لرفضه التعويض ، وأسس طعنه على ان الواقعة مصدر الضرر وهى استعمال الآلة قد تمت ، فى جانب منها ، بعد الافلاس . رفضت المحكمة الطعن مقررة ان طلب البائع يتمثل ، فى الواقع ، فى مبلغ من النقود ، وينبغى أن يخضع لاجراءات فحص الديون لأن مرده سبب سابق على الافلاس . ولا يكون أمام البائع سوى الحصول على حكم بالتعويض عن طريق رفع دعوى مستقلة بالفسخ (٣) ، ثم يتقدم بهذا التعويض كدائن عادى ضمن تفليسة المشترى (٤) .

---

(١) G. Toujas et J. Argenson, op. cit.

(٢) J. Acquaviva et C. Bacrot, op. cit, n. 143.

(٣) Com. 1er oct. 1985, Bull Civ. IV, n. 222.

(٤) Com. 22 juill. 1986, R. D. Com. 1987, P. 569, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

### (د) دخول البائع كدائن ضمن جماعة دائنى المشترى المفلس :

اذا استرد البائع البضاعة كاملة صحيحة وتم فسخ البيع ، فانه لا يدخل كدائن بباقى الثمن ضمن جماعة دائنى المشترى المفلس لأن هذا الدين ينقضى بانقضاء سببه . ويستطيع البائع ، من باب التحوط ، التقدم فى التفليسة كدائن بباقى الثمن انتظاراً لقبول دعوى الاسترداد والفصل فيها . ولا يعنى هذا التقدم النزول عن دعوى الاستردا د (١) ، فقد رأينا ان محكمة النقض تستقر على استقلال هذه الدعوى عن دعوى الفسخ ، ومن ثم فان طلب تنفيذ العقد وان كان يتعارض مع طلب الفسخ الا انه لا يتعارض مع طلب الاسترداد (٢) .

ومن جهة أخرى فان دخول البائع فى تفليسة المشترى ليس شرطاً لقبول دعوى الاسترداد لأن موضوع هذه الدعوى ليس طلب مبلغ من النقود . ومع ذلك فمن الاحوط أن يتخذ البائع هذه الخطوة لأن نجاح الدعوى المذكورة ليس بديهياً ، اذ يمكن عدم قبولها بسبب تغير الحالة العينية للبضاعة أو التصرف فيها . ويفضل البائع ، احياناً الدخول كدائن فى عملية التسوية القضائية للمشترى ، بدلاً من المطالبة باسترداد البضاعة ، فى حالة وجود فرصة قوية لانقاذ المشروع من الافلاس ، لصعوبة اعادة بيعها بسعر مجز (٣) .

واسترداد البائع للبضاعة لا يمنعه من الدخول ، فى تفليسة المشترى ، كدائن بالتعويض المستحق له عن الاضرار التى حلت به بسبب عدم تنفيذ العقد من جهة وتدهور حالة المبيع من جهة أخرى (٤)

---

(١) Bord, Enc. Dalloz, Rep. Com. Faillite, Effets, n. 1640. Vallens, La Clause de résérve de propriété et la procédure de redressement judiciaire, J.C.P. 1986, Ed.E.14651

(٢) انظر ما سبق ص١٥٥ .

(٣) Houin , op. cit., n. 13.

(٤) انظر ما سبق ص ١٦٠ .

(هـ ) حق البائع فى حالة تغير الحالة العينية للبضاعة أو اختفائها :

رأينا ان بقاء البضاعة ، المبيعه مع الاحتفاظ بملكيتها ، على حالتها العينية شرط جوهرى لقبول دعوى الاسترداد . فلا يجوز للبائع استرداد البضاعة التى تغيرت أو تحولت أو اندمجت ضمن مواد أخرى أو استهلكت (١) . ويصبح البائع مجرد دائن بقيمة البضاعة (٢) . وينبغى ، لمعرفة المدين بقيمة البضاعة ، التفرقة بين ما اذا كان تغير الحالة العينية للبضاعة قد تم قبل النطق بحكم الافلاس أم تم بعد ذلك .

فاذا تغيرت حالة البضاعة قبل النطق بحكم الافلاس ، فان حق البائع فى قيمتها يكمن فى ذمة المشترى ، ولا يكون ، أمام البائع سوى الدخول كدائن عادى ضمن جماعة دائنى المشترى المفلس ، ويخضع لنفس الاجراءات . والجدير بالذكر أن البائع يفقد الامتياز المقرر له على المبيع ، ضماناً لما يستحقه من الثمن وملحقاته ، اذا دخل الشىء المبيع فى حيازة المدين الذى اشهر افلاسه (٣) .

أما اذا فقدت البضاعة حالتها العينية أو اختفت بعد النطق بحكم الافلاس ، فان حق البائع فى الحصول على قيمتها يعد ديناً على جماعة الدائنين ، ويمكنه الرجوع به على السنديك كممثل لتلك الجماعة ، لأن هذا الحق نشأ بعد فتح اجراءات التفليسة (٤) . كانت البضاعة

---

(١) انظر تفصيل ذلك ما سبق ص١٣٤.

(٢) هذا بالاضافة الى حقه فى التعويض عن عدم تنفيذ العقد بطبيعة الحال . انظر ما سبق ص١٦٠ ، وقارن حكم القانون الالمانى ما سبق ص١٤٥ .

(٣) مصطفى طه . المرجع السابق ص ٤٥٠ ، ٤٥١.
Jauffret, Manuel de droit Commercial, L. G.D.J., Paris, P. 342.

(٤) Com., 26 mars 1985, R. D. Com., 1986, P. 289, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

موجودة بحالتها العينية يوم النطق بحكم الافلاس ، ومن ثم كان م حق البائع استردادها خلال مدة الثلاثة أشهر التالية للحكم . الا أن هذ الحق تعطل بسبب استخدام السنديك لتلك البضاعة لصالح الجماعة . لذا يقع عليها عبء تعويض البائع عن قيمتها . فحق البائع فى التعويض لم ينشأ قبل حكم الافلاس بل كان وليد الاستمرار فى نشاط المدين المفلس (١) .

ويقع على السنديك عبء اعداد قائمة جرد محددة ومفصلة بكل البضاعة الموجودة لدى المدين وتحديد الموجود منها بحالته العينية وبصفة خاصة تلك المثقلة بشرط الاحتفاظ بالملكية (٢) ، حيث ينبغى عليه المحافظة عليها وعدم التصرف فيها (٣) ، حتى يتمكن البائع من ممارسة حقه فى استردادها خلال مدة الثلاثة أشهر المقررة له (٤) . وبانقضاء هذا الميعاد يفقد البائع حقه فى استرداد البضاعة أو حتى قيمتها ، ولا يكون أمامه سوى الدخول فى التفليسة كدائن عادى بالثمن المتبقى له ، بشرط أن يتم ذلك فى الميعاد المقرر والذى غالباً ما يكون أقل من مدة الثلاثة أشهر السابقة (٥).

---

(١) Com. 23 oct. 1985 - 9 juin 1987, R. D. Com., 1988, P. 120, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

(٢) انظر ما سبق ص١٣٧.

(٣) واذا باع السنديك ، رغم دعوى الاسترداد ، البضاعة بثمن أقل من قيمتها كان عليه أن يرد للبائع قيمة البضاعة وليس الثمن

ennes, 3 mars 1982, D. 1984. IR.1.obs. Derrida.

(٤) de Commerce De Sainte- Etienne, 1er ch., 19 mai 1981, az.Pal. 1981, P. 580, note C.G.

(٥) ١٥ مايو طبقاً لـ : 47 du décret du 22 déc. 1967
وشهران طبقاً للتعديل الجديد. 66 al. dernier du décret du 27 sep. 85.

# الفصل الثاني

## أثر شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الغير المتصرف اليه في المبيع

## ( مدى نفاذ الشرط قبل الغير صاحب الحق العينى على المبيع المحتفظ بملكيته )

ان التصرفات التى يبرمها المشترى على المبيع وتنشأ بمقتضاها حقوق للغير حسن النية تنفذ ، كقاعدة عامة ، فى مواجهة البائع رغم احتفاظه بالملكية . تؤدى تلك التصرفات ، فى الغالب ، الى انعدام فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية واهدار حقوق البائع التى ضمنها ذلك الشرط . لذا يثور التساؤل حول مدى امكانية تفادى تلك المخاطر عن طريق تدعيم الشرط المذكور بشروط اتفاقية اضافية . وعلى ذلك تنقسم دراستنا فى هذا الفصل الى مباحث ثلاثة :

نتناول فى الأول : نفاذ التصرفات التى يبرمها المشترى على المبيع المحتفظ بملكيته ، ونعرض فى الثانى لتفادى مخاطر تصرف المشترى فى المبيع . ونبين فى الثالث ضمانات البائع فى حالة تصرف المشترى فى المبيع .

## المبحث الأول

### نفاذ التصرفات التي يبرمها المشتري على المبيع المحتفظ بملكيته

لمعرفة مدى نفاذ التصرفات التى يبرمها المشترى على المبيع فى مواجهة البائع المحتفظ بملكيته ، نعرض لنقاط ثلاث هى : مشروعية ونفاذ تصرف المشترى فى المبيع المحتفظ بملكيته ، حق البائع فى ثمن المبيع قبل الغير المتصرف اليه ، الدائن صاحب التأمين العينى على البضاعة المحتفظ بملكيتها .

## المطلب الأول

### مشروعية ونفاذ تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته

نعرض للمسألة من الناحيتين الجنائية والمدنية :

(أ) من الناحية الجنائية :

لا يدخل تصرف المشترى ، كقاعدة عامة ، فى المبيع المحتفظ بملكيته تحت لواء التجريم والعقاب . فلا يمكن القول بتوافر أى من أركان جرائم : السرقة أو النصب أو اختلاس المنقول ممن رهنه ضماناً لدين (١) . ولا تنطبق أيضاً جريمة خيانة الأمانة لأن التبديد يفترض وجود عقد أمانة (٢) . وعقد البيع ليس كذلك . ولكن تصرف المشترى فى المبيع تصرفاً ناقلاً للملكية يمكن أن يدخل دائرة التجريم من خلال المادة ٤٥ من القانون ١٩٥٧/١٠٠ مصرى الخاصة بحظر تصرف المشترى فى المبيع بالتقسيط قبل الوفاء بثمنه ، اذا توافرت شروط اعمالها (٣) .

---

(١) المادة ٣٢٣ مكرر عقوبات مصرى .

(٢) Crim. 6 mars 1937, D.P. 1938.1.92 note Nast- 29 juin.1977, D.1978.111.rapport Dauvergne .

(٣) انظر ما سبق ص ١٧ .

(ب) من الناحية المدنية :

ان احتفاظ البائع بالملكية ، فى عقد البيع ، لا يمنع المشترى ، فى الواقع ، من التصرف فى المبيع للغير . ولا يتعارض شرط الاحتفاظ بالملكية ، قانوناً ، من حيث المبدأ ، مع إمكانية تصرف المشترى فى المبيع (١) . إلا ان هذا التصرف لا يكون ، فى الاصل ، منجزاً او باتاً ، بل يكون موصوفاً بنفس الصفة التى يتصف بها البيع الاصلى ، فإذا قلنا بأن هذا البيع معلق على شرط او مضاف الى اجل (٢) فإن التصرف الذى يبرمه المشترى يكون متسماً بنفس الصفة . وينبغى ان تكون هذه الصفة واضحة فى العقد ويعلم المتصرف اليه بها اى يعلم بتعلق حق البائع الاصلى بالمبيع بمقتضى شرط الاحتفاظ بالملكية .

ومؤدى احتفاظ البائع بملكية المبيع ان المشترى لا يصبح مالكاً له رغم ابرام عقد البيع ، ومن ثم لا يجوز له قانوناً ان يعيد بيعه للغير بمقتضى عقد منجز وبات . واذا تصرف المشترى بالمخالفة لذلك وقع البيع باطلاً لمصلحة المشترى الثانى طبقاً لأحكام بيع ملك الغير (٣) . ولا يسرى هذا البيع ، من حيث المبدأ ، فى مواجهة البائع الا اذا اقره .

ومن المقرر ، مع ذلك ، أنه اذا تصرف المشترى فى المبيع المنقول الى شخص آخر حسن النية وسلمه اليه ، كان من حق المتصرف اليه المتمسك بنفاذ حقه قبل البائع الاصلى استناداً الى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية . ولا يستطيع البائع الاصلى أن يطلب استرداد المبيع منه استناداً الى شرط الاحتفاظ بالملكية حتى لو تم فسخ عقد البيع المتضمن للشرط . والأصل ان المتصرف اليه يكون حسن النية لا يعلم بتعلق حق البائع بالمبيع أى بوجود شرط الاحتفاظ بالملكية ، ذلك

---

(١) C.d'Appel de Riems, R.D. Com. 1986, P. 544, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

(٢) انظر ما يلى ص ٢٢٠.

(٣) م ١٥٩٩ مدنى فرنسى ، م ٤٦٦ : ٤٦٨ مدنى مصرى .

أن المشرع لم يفرض أية اجراءات لشهر الشرط . » ويقع على البائع الاصلى عبء اثبات سوء نية الحائز المتصرف اليه أى علمه بأن من تصرف له لم يكن مالكاً العين المتصرف فيها . ويجوز له أن يثبت ذلك بكافة الطرق ومنها القرائن القضائية . فاذا استطاع أن يثبت سوء نية المتصرف اليه ، جاز له استرداد المبيع . ولم يكن للمتصرف اليه أى حق فى مطالبته بأن يدفع اليه الثمن الذى اشترى هو به المبيع من المشترى الأول لأن المبيع لا يمكن لعتباره فى مثل هذه الحالة مسروقاً ولا ضائعاً » (١) .

لا يثير اعمال المبدأ السابق أى شك لدى الفقه والقضاء (٢) . بل ان محكمة النقض الفرنسية لم تتردد لحظة فى تأكيده رغم صدور القوانين المدعمة لشرط الاحتفاظ بالملكية ، حيث تقرر ، فى أكثر من مناسبة ، ان النصوص المنظمة للشرط المذكور وأحقية البائع فى استرداد المبيع لا تشكل استثناء على نص المادة ٢٢٧٩ مدنى التى تقرر مبدأ الحيازة بحسن نية . ومن ثم ليس من حق البائع المحتفظ بملكية المبيع ان يطلب استرداده من المتصرف اليه من المشترى الاصلى الا بعد اقامة الدليل على سوء نية الأول (٣) . وبالرغم من انتشار شرط الاحتفاظ بالملكية إلا أن المشترى لا يطلب منه التحرى عما اذا كان من باع له قد وفى بثمن المبيع للبائع الاصلى (٤) . وترمى

---

(١) سليمان مرقس ، ص ١١٣.

(٢) السنهورى جـ ٤ ، ص٢٢٢ ، نقض ١٩٨٣/٨/٢٠ ، الطعون ارقام ١٧٤٧ ، ١٦٨٢ ، ١٧٦٨ ، مجموعة البناوى ص ١٠٧٩.

Rép. Civ., V. Revendication, n. 73s - Nouv. Rép., V. Possession, n. 44s.

(٣) Com. 1er oct. 1985, Bull Civ. IV, n. 224.

(٤) Com., 19 mai 1987, Bull . Civ. IV., 120.

يتعلق الحكم ببضاعة تم تصرف المشترى فيها من خلال تظهير سند الشحن وتسليمه للمتصرف اليه ، رفضت المحكمة طلب البائع الاصلى استرداد البضاعة التى يحتفظ بملكيتها ، من المتصرف اليه الثانى الذى اكتسب ملكيتها بمجرد حيازته للسند بحسن نية .

المادة ٢٢٧٩ الى ضمان استقرار التصرفات الوارده على المنقولات لتسهيل تداولها ، ولم يبغ المشرع النيل من تلك الغاية من خلال قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الذى جاء أساساً ليعطى البائع ، الذى لم يستوف الثمن ، حق استرداد المبيع من بين يد المشترى المفلس ، فهو أحق به من باقى الدائنين (١) .

ويقرر القانون المدنى الالمانى نفس المبدأ (٢) . فطبقاً للمادة ٩٣٢ يمتلك المتصرف اليه الشيء حتى ولو لم يكن مملوكاً للمتصرف ، بشرط أن يكون التصرف قد أبرم وفقاً للمادة ٩٢٩ ، أى أن ينتقل الشيء الى المتصرف اليه وأن يتم الاتفاق على نقل ملكيته بين المتصرف والمتصرف اليه . فالنص يقيم قرينة مؤداها أن حائز الشيء

---

(١) J. Hemard et B. Bouloc, obs., R.D. Com. 1986, P. 544.
وتتضمن بعض التشريعات الخاصة فى فرنسا تنظيماً فعالاً للشهر لحماية بائعى بعض الاموال ، على سبيل الائتمان ، التى تعد ، من زاوية معينة ، فى حكم البضائع : القانون المنشىء لحق الرهن لبائع السيارة (L. 1934 instituant le gage du Vendeur d'automobiles D. 1953) ، ونفس الشيء بالنسبة لبائع الالات وأدوات التجهيز (L. 1951 organisant le natissement de l'outillage et du matérial d'equibement)
ويرى الفقه اعمال تلك الاحكام الخاصة دون التأثر بالحكم العام الذى تضمنه التعديل التشريعى الحديث ( قانون ١٩٨٠ ) ومن ثم يستطيع البائع ، فى هذه الفروض ، أن يتقدم ، فى ذات الوقت ، للمطالبه بحقه . استناداً الى صفتيه: اولاً ، كمالك يحتفظ بملكية المبيع له الحق فى استرداده . ثانياً : كدائن مرتهن . ويكون له الخيار بين أى من الضمانتين انسب له . مثال ذلك : ان شهر حق الرهن المقرر للبائع على السيارة ، ووضع علامة محددة على المال المحمل بالرهن الخاص بأدوات التجهيز يسمح للدائن المرتهن بممارسة حقه فى تتبع المال بين يدى المتصرف اليه حسن النية ، بنما لا يخوله شرط الاحتفاظ بالملكية مثل هذا الحق .
Ribert et Roblot, op. cit., n. 3161.
وانظر فى القضاء المعارض : Com. 13 mars 1985, J.C.P. 1987.2.20843, note Joly
وعكس ذلك : Douai 24 sep. 1987, Gaz.Pal. 1988.1.415.

(٢) Art. 932 et 929 BGB.

هو مالكه . ويحقق ذلك نوعاً من التأمين للنشاط التجارى . فمن يشترى بضاعه ممن يحوزها ليس ملزماً بالتحرى عن ملكيته لها . ولا يصبح المتصرف اليه ، مع ذلك ، مالكاً للشىء الا اذا كان حسن النية وقت اكتسابه ملكيته طبقاً للمادة ٩٢٩ . والاصل انه حسن النية ، إلا انه يكون سىء النية اذا كان عالماً بأن المتصرف ليس مالكاً للشىء ، أو اذا كان جهله بالحقيقة ناجماً عن تقصير جسيم من جانبة (١) .

مؤدى ذلك أنه اذا تصرف المشترى فى البضاعة للغير حسن النية ، سقط حق البائع فى استردادها ، رغم احتفاظه بملكيتها ، من بين يدى المتصرف اليه ، لأنه يكون قد اكتسب ملكية المبيع استناداً الى الحيازة مع حسن النية .

## المطلب الثانى

## حق البائع في ثمن المبيع المحتفظ بملكيته قبل الغير المتصرف اليه

اذا كان من المسلم به أن البائع يفقد حقه فى استرداد البضاعه ، التى يحتفظ بملكيتها ، والتى لم يستوف ثمنها ، فى حالة تصرف المشترى فيها الى الغير حسن النية ، الا أن المشرع الفرنسى خول هذا البائع الحق فى أن يقتضى ثمن هذه البضاعة من المتصرف اليه اذا كان لم يقم بدفعه للمتصرف ( المشترى الاصلى ) (٢) . ويتعلق حق البائع بالمبالغ التى توجد فى ذمة المتصرف اليه ، من ثمن المبيع ، للمشترى يوم النطق بالحكم بشهر افلاسه (٣) . وليس للبائع ان يطالب بالمبالغ التى حصلها المشترى بالفعل من المتصرف اليه . ولا يتصور الزام

---

(١) G. Meissner, op. cit., P. 370.

(٢) م ٦٦ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ، م ١٢٢ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥

(٣) J. Mestre, obs. sous la Cour de Toulouse, 27 nov. 1984, D. 1985, P. 185.

للمتصرف اليه بأن يعيد دفع الثمن مرة ثانية ، فهو لا يلتزم ، قبل البائع الاصلى ، إلا بالمبلغ المتبقى لديه من الثمن اى ما لم يتم دفعه للمتصرف ( المشترى الاصلى ) (١) .

فإذا ثبت قيام للتصرف اليه بدفع كامل الثمن للمشترى ، سقط حق البائع الاصلى فى الاسترداد سواء بالنسبة للبضاعة أو بالنسبة للثمن ، ولا يكون أمامه سوى الدخول بحقه كدائن عادى ضمن تفليسة المشترى (٢) . ودفع الثمن يمكن أن يتم نقداً أو عن طريق المقاصة فى حساب جار (٣) أو من خلال تحرير ورقة تجارية : شيك أو كمبيالة أو سند اذنى (٤) . ويبدى الفقه تحفظاً بصدد الكمبيالة والسند الاذنى : اذا قام المتصرف اليه بتحرير اى منهما للمشترى الاصلى وفاءاً لثمن المبيع . وبقيت هذه الورقة التجارية موجودة لدى الاخير لحظة النطق بحكم شهر افلاسه . كان من حق البائع الاصلى أن يطلب استرداد الثمن من المتصرف اليه. أما اذا كنا بصدد ورقة تجارية موجودة أصلاً لدى المتصرف اليه ثم قام بتظهيرها للمتصرف ( للمشترى الاصلى ) سقط حق البائع الاصلى فى اقتضاء الثمن من المتصرف اليه (٥) .

اذا تقرر حق البائع الاصلى فى طلب الثمن من المتصرف اليه ، فهل يتعلق الامر بالثمن الخاص بالبيع الاول أم بالبيع الثانى ؟ أى يتعلق حق البائع الاصلى بالثمن المستحق فى ذمة المشترى منه أم بالثمن المستحق للأخير فى ذمة المشترى الثانى ؟

---

(١) Com. 27 juin 1989, R. D. Com.,1990 , P.92,obs. B. Bouloc.
- 11 déc. 1990,R.D.Com. 1991,P.430 obs. B. Bouloc

(٢) انظر ما سبق ص ١٦٤.

(٣) Ripert et Roblot, op. cit, n. 3129.
Com. 9 jan. 1990, Banque, 1990. 428.

(٤) Réq. 26 fév. 1908.D.P. 1909,1,5 note Pererou-S. 1910,1,353, note Bourcart.

(٥) J.Acquaviva et C. Bacrot, op. cit, n. 085.

لا تثور صعوبة فى حالة ما اذا كان الثمن هو نفس المقدار فى الحالتين . واذا كان الثمن فى البيع الثانى أقل من الثمن فى البيع الأول ، لم يكن من حق البائع الاصلى سوى المطالبة بالثمن المستحق فى ذمة المشترى الثانى ، ويمكنه الرجوع على المشترى منه بفارق الثمن أو الدخول به ضمن جماعة دائنيه فى حالة افلاسه . أما اذا كان الثمن فى البيع الثانى يفوق الثمن فى البيع الاول ، وهذا هو الفرض الغالب ، فنرى لحقية البائع الاصلى فى الحصول على الثمن المستحق فى ذمة المتصرف اليه ، ولو زاد عن الثمن الاصلى ، لأنه يحل محل البضاعة الواجب ردها اصلاً له لاحتفاظه بملكيتها ، ولأن هذا الثمن يعبر عن قيمتها الفعلية . ومن المقرر ان نماء الشىء وزيادة قيمته من حق المالك . ولكن محكمة النقض الفرنسية ذهبت الى عكس ذلك وقررت ان الثمن يحل محل البضاعة ، وليس للبائع الاصلى سوى المطالبة بالثمن المحدد فى عقد البيع الذى ابرمه مع المشترى منه ، وتدخل الزيادة فى الذمة المالية للأخير ، اى ان البائع يحصل على ما هو مستحق له دون هامش الربح لأن شرط الاحتفاظ بالملكية ليس سوى ضمانة لاستيفاء الثمن (١) .

ويجدر الاشارة اخيراً الى ان بعض المحاكم رأت قصر حق البائع الاصلى فى طلب الثمن من المتصرف اليه على حالة ما اذا كان التصرف فى البضاعة قد تم بعد الحكم بشهر افلاس المشترى الاول . ولكن محكمة النقض رفضت صراحة هذا الاتجاه وقررت امكانية مباشرة هذاالحق ، سواء تم التصرف قبل الحكم أم بعده ، بشرطين : الاول هو بقاء البضاعة على حالتها العينية ، لدى المتصرف اليه ، يوم الحكم بشهر افلاس المتصرف ( المشترى الاصلى ) ، ومؤدى ذلك أن يكون الاخير قد أعاد بيع البضاعة بحالتها العينية .

---

(١) Com. 15 jan. 1991, Bull. Civ. IV, n. 31.

أى أن حق البائع في استرداد الثمن يمارس بنفس شروط حقه في استرداد البضاعة ، انا الشرط الثانى فيتمثل فى بقاء المتصرف اليه مديناً بكل أو بجزء من ثمن البضاعة (١) .

لاشك أن منح البائع المحتفظ بملكية المبيع الحق فى المطالبة بالثمن المستحق فى ذمة المتصرف اليه يقوى مركزه الائتمانى ويزيد من فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية فى ضمان حقه . إلا أن هذه الميزة تفقد جوهرها بسبب ربط اعمالها ببقاء البضاعة على حالتها العينية سواء عند التصرف فيها أو لدى المتصرف اليه يوم النطق بحكم افلاس المشترى الأول ، حيث يندر ذلك عملاً ، فغالباً ما تكون البضاعة قد تغيرت أو اندمجت أو تم التصرف فيها . والغريب أن المشرع الفرنسى ، رغم وجود البضاعة بحالتها لدى المتصرف اليه ، لم يقرر أحقية البائع الاصلى فى استردادها (٢) بل قصر حقه على المطالبة بالمتبقى من ثمنها . فضل المشرع مصلحة الغير حسن النية على مصلحة البائع ، ولم يشأ المساس بمبدأ حيازة المنقول بحسن نية لأهميته فى استقرار المعاملات . من هنا تبدو أهمية القانون الالمانى حيث أقر اتفاق الاطراف على مد نطاق شرط الاحتفاظ بالملكية سواء الى البضاعة فى صورتها الجديدة (٣) أو الى ثمن البيع الثانى حيث تتم حوالته مسبقا الى البائع الاصلى (٤) .

## المطلب الثالث

## الدائن صاحب التأمين العيني علي البضاعة المحتفظ بملكيتها

يلزم لصحة الرهن ونفاذه أن يكون الراهن مالكاً للشيء المرهون ، ومن ثم ليس للمشترى رهن المبيع الذى احتفظ البائع

---

(١) Com. 27 mai 1986, Bull. Civ. IV., n. 102 - 12 fév. 1991. Ibid, n. 72 . J.Mestre, obs, op. cit.

(٢) انظر ما سبق ص ١١٢.

(٣) انظر ما سبق ص ١٤٥ .

(٤) انظر ما يلى ص ١٩٠.

بملكيته لحين استيفاء الثمن . فاذا قام المشترى برهن المبيع لا يكون الرهن نافذاً فى مواجهة البائع ، ويحق له استرداده عند تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن . ولكن حق البائع فى الاسترداد يمكن أن يتعطل بسبب حيازة الدائن المرتهن للمنقول المبيع بحسن نية (١) . ليس للبائع أن يطلب استرداد المبيع المحتفظ بملكيته ، من بين يدى المرتهن الحائز بحسن نية أى يجهل وجود شرط الاحتفاظ بالملكية (٢) . وتعتبر الحيازة قرينة على حسن النية (٣) ، وله أن يتمسك بالرهن فى مواجهة البائع المحتفظ بملكية المبيع المرهون . ويقع على عاتق البائع اثبات سوء نية الدائن المرتهن حتى يمكنه استرداد المبيع من بين يديه (٤) .

ويثور التساؤل أيضاً بصدد العلاقة بين البائع الذى يحتفظ بملكية المبيع والدائن صاحب حق امتياز عليه ، كما لو كان المبيع أثاث منزل وضعه المشترى فى عقار استأجره فثبت عليه امتياز المؤجر (٥) . ليس للبائع فى هذه الحالة ، استرداد المبيع من صاحب الامتياز حسن النية الا مثقلاً بهذا الامتياز .

---

(١) المادة ٢٢٧٩ مدنى فرنسى Marty et Raynaud, Droit Civil, T. 111,n. 69.

(٢) Com. 3 mars 1987, Bull. Transp. 1987.243- 19 mai 1987, D. 1988, som. 12 obs. Derrida - 14 nov. 1989, R.d. Com. 1990. 253 pbs. Bouloc- 3 oct. 1989, J.C.P. 1990.2.21454 note Behar- Touchais. Comp. Com. 13 fév. 1990, Bnque 1990. 536 obs. Rives-Lange.

(٣) م ٣/٩٧٦ مدنى مصرى .

(٤) نقض ١٩٨٣/٣/١١ طعن ٨٠٩ س٥٠ق ، ١٩٨٦/١/٢٣ طعن ١٠٩٨ س٥٢ق ، مجموعة القواعد القانونية التى اقرتها محكمة النقض فى خمس سنوات ١٩٨٠ - ١٩٨٥ ، اعداد المستشار محمود نبيل البناوى ، نادى القضاة ، المجلد الثانى ١٩٨٩ ص١٠٧٧.

(٥) وانظر كذلك فيما يتعلق بامتياز الناقل:

Marty et Raynaud , op. cit. n. 425, 432.

اذا كان من الممكن قيام التزاحم بين البائع الذى يحتفظ بملكية المبيع والدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز الخاص ، إلا انه لا يتصور قيام التزاحم بين البائع وبين الدائن صاحب الامتياز العام مثل الخزانة العامة ، الذى يحق له استيفاء دينه بالأولوية على كل ما لدى المدين من أموال ، منقولات أو عقارات ، وقت التنفيذ ، ذلك أن أحقية البائع فى استرداد المبيع تقيه مغبة الدخول فى اجراءات التصفية الجماعية لأموال المشترى المفلس . وقد يضطر البائع الى الدخول فى تلك الاجراءات فى حالة عدم قبول دعوى الاسترداد . ويتأثر حق البائع ، فى هذه الحالة ، شأنه فى ذلك شأن باقى الدائنين ، بوجود الديون الممتازة العامة ، لأنها تتقدم على غيرها من الديون .

## المبحث الثانى

### تفادي مخاطر تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته

رأينا ان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يمنع المشترى من التصرف فى المبيع ، ويحتج المتصرف اليه حسن النية بحقه قبل البائع . ويؤدى ذلك الى اهدار قيمة الشرط المذكور وجدواه فى حفظ حقوق البائع قبل المشترى ، مما ادى الى ظهور العديد من الشروط والصور التعاقدية فى العمل وعبر اقترلحات الاتحادات المهنية بهدف تنظيم حقوق والتزامات المشترى قبل الوفاء بالثمن على نحو يضمن عدم التصرف فى المال المبيع والمساس بحقوق البائع . ونعرض لتلك المحاولات لبيان فعاليتها والمآخذ التى سجلت عليها .

**(أ) عقد الوديعة :**

يدرج البائع والمشترى ، احياناً ، فى العقد المبرم بينهما شرطاً مؤداه ان المشترى يحوز البضاعة المسلمة اليه قبل الوفاء بالثمن على سبيل الوديعة . مؤدى ذلك وجود عقد وديعة بين الطرفين يحكم العلاقة بينهما فى مرحلة الوفاء بالثمن . يتميز هذا الاتفاق بأنه يتضمن تحذيراً هاماً للمشترى بعدم التصرف فى المبيع ، فى هذه المرحلة ، والا تعرض للعقوبة المقررة لجريمة خيانة الامانة . ان عقد الوديعة يعد عقد امانة . فاذا تصرف المشترى فى المبيع قبل الوفاء بالثمن اعتبر مبدداً . يضمن البائع بذلك بقاء المبيع فى يد المشترى حتى يستوفى كامل الثمن .

يتعرض هذه الاتجاه لعدة انتقادات ، من جانب الفقه (١) ، اهمها :

أولاً : ليس من المقطوع به أن يكون بسط الحماية الجنائية على العلاقات التجارية من الامور المستحبة . فتزايد تطبيق الجزاء الجنائى يمكن أن يؤدى الى شل هذه العلاقات ، وتجميدها ، مما قد يدفع

---

(١) J. Ghestin, Reflexions , op, cit, n. 27.

القضاء الى الاحجام عن تطبيقه ، ويستتبع ذلك اضعاف قوة الزجر الكامنة فى القانون الجنائى .

ثانياً : أبدت المحاكم تحفظاً كبيراً فى قبول مثل هذا التكييف ، واتجهت الى الأخذ بالتكييف الحقيقى للعقد على انه بيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية . أدى هذا الموقف القضائى الى تناقص اللجوء الى تلك الصياغة فى العمل ومن الصعب تشبيه البضاعة المبيعه ، قبل دفع الثمن ، بالبضاعة المودعة نظراً لأن الايداع يكون مؤقتاً فى الوديعة ويقع على عاتق المودع التزام أساسى بالرد .

ثالثاً : ان القول بوجود عقد مركب من عقدين : وديعة تسبق البيع بين نفس المتعاقدين ، يستتبع ، عملاً ، وجود تناقض فى الغايات التعاقدية ، مما يثير العديد من المشاكل الدقيقة بسبب خضوع البيع ، قبل دفع الثمن ، لأحكام البيع والوديعة فى ذات الوقت . مثال ذلك اعتبار البائع مسئولاً منذ تسليم البضاعة ، عن العيوب الخفية والاضرار الناجمة عنها ، تطبيقاً لأحكام مسئولية البائع المهنى . ويتعارض ذلك ، بطبيعة الحال ، مع اضفاء وصف الوديعة على تلك العلاقة (١) .

### (ب) عارية الاستعمال :

يلجأ الاطراف ، أحياناً ، الى تكملة شرط الاحتفاظ بالملكية بشرط اضافى يسمح للمشترى باستعمال المبيع على نحو يقربنا من عارية الاستعمال . يتمثل الشرط الاضافى ، أحياناً أخرى ، فى السماح للمشترى بتحويل المبيع أى تغيير طبيعته أو اعادة بيعه بحالته أو بعد تحويله .

تتميز هذه الصياغة بتمكين المشترى من الانتفاع بالمبيع على نحو يحقق الغاية من شرائه . ولكن يؤخذ على السماح للمشترى بالتصرف المادى أو القانونى فى المبيع أنه قد يفقد شرط الاحتفاظ

---

(١) نفس الموضع .

بالملكية فعاليته فى ضمان حقوق البائع ، ذلك أن حقه فى استرداد المبيع يسقط بتغير حالته العينية أو بالتصرف فيه الى الغير حسن النية (١) .

أضف الى ذلك أنه من الصعب ، بصفة عامة الاحتجاج على الغير بالشروط التعاقدية ، التى يدرجها الاطراف فى العقد . ولم يتقرر سريان شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الغير انطلاقاً من اتجاه ارادة الاطراف اليه فى عقد البيع بل استناداً الى ارادة المشرع المعلنة فى قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الفرنسى القاضى بنفاذ الشرط المذكور قبل الدائنين . ولم يذهب المشرع الى أبعد من ذلك حيث ظلت قاعدة الحيازة بحسن نية تتمتع بحماية كاملة فى هذا المجال . ولا يجوز الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية على الغير الذى يحوز المبيع بحسن نية (٢) . وعلى هذا الاساس ، فان الشروط التعاقدية الواردة فى العقد ، الذى يحتفظ فيه البائع بملكية المبيع لا تسرى ، من حيث المبدأ ، قبل الغير الا اذا كان على علم فعلى بها طبقاً للقواعد العامة فى نفاذ العقد (٣) .

(جـ ) حق عينى جديد :

يختلف الامر ، بلا شك ، فيما يتعلق بنفاذ الشرط قبل الغير ، فى حالة ما اذا انطوى اتفاق الاطراف على انشاء حق عينى حقيقى وليس مجرد التزام . والسؤال الذى يطرح نفسه هو معرفة ما اذا كان من الممكن تجزئة حق الملكية الى حقوق عينية أخرى غير تلك المحددة فى القانون المدنى . وبعبارة أخرى ، هل يمكن ، باتفاق

---

(١) انظر ما سبق ص ١٣٤ ، ١٧٠.
(٢) انظر ما سبق ص ١٧٠.
(٣) T. Ghestin, Traité de droit Civil, T. 2, Le Contrat , 1980, n. 347.

الاطراف على توزيع عناصر الملكية بين البائع والمشترى ، انشاء حق عينى جديد لم ينظمه المشرع ؟ (١) .

يتبادر الى الذهن مباشرة حكم فرنسى قديم صادر عن غرفة العرائض مقرراً المبدأ الآتى : « ان نصوص المواد ٥٤٤ و ٥٥٢ من التقنين المدنى تكشف عن القواعد العامة فيما يتعلق بطبيعة وأثار الملكية ، ولا تعتبر نصوصاً تحريمية ، فلا تستبعد هذه النصوص أو غيرها امكانية تعديل أو تجزئة حق الملكية » (٢) .

يستند الفقه المؤيد لتجزئة حق الملكية وخلق حقوق عينية جديدة الى مبدأ الحرية التعاقدية (٣) . فهل يمكن القول ، استناداً الى ذلك الاتجاه ، بأن التعاقد ، بأن الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدى الى تجزئة حق الملكية بين البائع والمشترى حيث يمكن للأخير استعمال البضاعة فقط دون التصرف فيها قانوناً أو مادياً ؟

يرى **الفقه الالمانى** ان المشترى ، فى البيع مع الاحتفاظ بالملكية ، ليس مالكاً ولكنه صاحب حق يسمى بالألمانية "AnwartsChaftsrecht" (٤) لعل خصائص هذا الحق تساعد فى الكشف عن مضمونه وطبيعته . فهو يخول المشترى مكنة حيازة المبيع والانتفاع به ، ويمكنه أن يقتضى حماية هذا الحق على أساس المسئولية التقصيرية فى حالة الاعتداء عليه من قبل الغير . ويمثل هذا الحق قيمة اقتصادية معينة تتزايد مع ارتفاع نسبة الوفاء بالثمن . يجوز

---

(١) J. Ghestin, Reflexions..., op. cit, n. 30

(٢) S. 1934,1,205 - D.P. 1934.1.118.

(٣) Cf. Chr. Atias, Droit Civil, Les biens, vol.1.1980, P. 61s.,n. 39- Weill, les biens, 1970, n. 10 , note 4- J. Derrupé , la nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droit réels et des droit de Créance, thèse, Toulouse 1952,n. 257, P. 295.

(٤) لعل اقرب ترجمة للكلمة بالفرنسية هى : "Droit d'expectative" حق مرتقب أو حق فى دور التكوين "droit embryonnaire"

M. Pédamon, Gaz.Pal. 1981, op. cit.

للمشترى التصرف فى حقه طبقاً لوسائل نقل الملكية دون وسائل حوالة الحق . ويتم التصرف ، فى الغالب ، لصالح البنك ، على سبيل الضمان ، بهدف الحصول على الائتمان . ويستطيع دائنو المشترى توقيع الحجز على حقه السابق ، وان كان هناك خلاف حول كيفية ونظام مباشرة الحجز الذى يكون مهدداً باحتمال قيام البائع بفسخ البيع (١) .

يختلف الفقه حول الطبيعة القانونيه لحق المشترى السابق بين قائل بأنه حق شخصى ، أو انه حق عينى أو انه حق ذو طبيعة خاصة وسط بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية . ويقر القضاء هذا الحق دون ان يضفى عليه تكييفاً محدداً ، إلا أنه يستخدم للتعبير عنه تعبيرات معينة مثل : « حق مشابه للحق الكامل » ، « مجرد مرحلة للملكية » ، «ليس شيئاً أخر غير الملكية ، وهو ان كان أقل درجة إلا أنه من نفس طبيعتها » (٢) .

حاول البعض ، على ضوء المعطيات السابقة فى كل من القانونين الفرنسى والالمانى ، الوصول الى نتيجة مؤداها ان شرط الاحتفاظ بالملكية يكشف عن ميلاد حق عينى جديد ناجم عن تجزئة حق الملكية بطريقة مغايرة للفصل الموجود بين عناصرها الثلاثة : استعمال ، انتفاع ، تصرف (٣) .

يصعب قبول ذلك الاتجاه لأن مكنة تجزئة حق الملكية التى يتكلم عنها هذا الاتجاه هى ، باعترافهم ، مكنة نظرية لم توضع موضع التنفيذ فى العمل أو فى القضاء (٤) . وحتى بالنسبة للأحكام التى يستندون اليها للقول بحرية انشاء حقوق عينية جديدة فانها تقتصر

---

(١) M. Pédamon, op. cit, Gaz. Pal 1981.

(٢) نفس الموضع .

(٣) Ortscheid, Possession et Clause de reserve de propriété en droit français et Allemand, R. int. d. com. 1983. 767.

(٤) Atias , op. cit.- Marty et Raynaud, T.2, Vol. 2, les biens, n.8.

على امكانية فصل ملكية العلو عن ملكية السفل أو فصل ملكية الثمار والمنتجات عن ملكية الأرض . وينطوى ذلك على اقرار فكرة الملكية المشتركة . وبعبارة أخرى فان الحقوق العينية التى يبدو ان هذه الاحكام تسمح بانشائها تنجم عن تجزئة الملكية الى حقوق من نفس النوع ، تحت أى شكل من أشكال الملكية المشتركة ، وليست حقوقاً عينية جديدة (١) .

أضف الى ذلك ان حرية الاطراف فى الاتفاق على انشاء حقوق عينية جديدة تصطدم بعقبتين : الأولى ، اننا كنا بصدد حق عينى مطلق فانه ينبغى على الكافة الالتزام باحترامه . ولا يتفق ذلك ، بطبيعة الحال ، مع مبدأ نسبية أثر العقد المنشىء له . الثانية ، تربط الصياغة القانونية الحديثة انشاء الحق العينى بالشهر الذى من شأنه اعلام الغير به (٢) . ولا يمكن أن تتم هذه الاجراءات ، بصفة عامة ، إلا بالنسبة للحقوق والتصرفات التى ينص عليها القانون (٣) .

يضيف البعض ان الحرية التعاقدية تتقيد بالنظام العام المتصل مباشرة بطرق انتقال الاموال وسلامة الاتفاقات ، على نحو يصعب معه قبول انشاء الافراد ، بمحض ارادتهم ، لحقوق يحتج بها على الكافة وما قد يستتبع ذلك من مخاطر ومضايقات جماعية . ويستشهد هذا الاتجاه بقانون أول يونيو ١٩٢٤ الذى ينص ، بصدد منطقتى الالزاس واللورين ، على « ان الحقوق العينية العقارية هى فقط تلك التى ينص عليها القانون الفرنسى (٤) » .

وأخيراً فان الحديث عن تقسيم جديد لحق الملكية ليس أمراً

---

(١) Weill, op. cit., n. 10, note 1

(٢) Marty et Raynaud, op. cit.

(٣) Weill, op. cit.

(٤) Ibid- Cf. Paris, 2 mars 1979, J.C.P. 1980.11.19351, note R. Plaisant .

ميسوراً . هل يتعلق الامر بقسمة كمية تتعلق باجزاء الحق أم بقسمة كيفية تتعلق بخصائصه ؟ لا ينبغى القياس على الوضع فى القانون الالمانى الذى ينظم بصفة أساسية مراكز دائمة . فحق المشترى AnwartsChaftsrecht ينبغى النظر اليه من قبيل الاستخلاف الذى يتم على نفس الحق بين شخصين ، المالك السابق والمالك اللاحق . فهو يمثل مرحلة انتقالية فى التطور التدريجى لفقدان الحق من قبل مالكه القديم واكتساب هذا الحق من جانب مالكه الجديد . يكتمل هذا التطور بدفع كامل الثمن (١) .

### (د) الشرط المانع من التصرف :

نظراً لان قيام المشترى باعادة بيع البضاعة يهدر عملاً ، فعالية شرط الاحتفاظ بالملكية فى ضمان حقوق البائع ، نجده يحرص ، أحياناً ، على النص صراحة فى العقد على حظر التصرف فى المبيع . يمكن تصور هذا الحظر بوضوح فى حالة البيع الوارد على بضائع للتجهيز مخصصة لاستخدام المشترى . ولكن الجزاء المقرر فى حالة مخالفة الحظر يبدو محدوداً نظراً لأننا أمام مجرد التزام بالامتناع عن عمل ينقلب ، فى حالة الاخلال به الى التزام بالتعويض (٢) .

ويصعب تصور حظر اعادة البيع فى حالة البضاعة التى يشتريها المشترى لهذا الغرض ، كما لو تعلق الامر بتوريد بضاعة من تاجر جملة الى تاجر تجزئة ، اذ يشكل الحظر فى هذه الحالة ، عقبة أمام المجرى الطبيعى للنشاط التجارى . واذا اضطر المشترى لهذا النوع من البضاعة الى قبول شرط الاحتفاظ بالكمية المفروض عليه من قبل المتعاملين معه ، لا يكون امامه سوى عدة حلول : أما الشراء نقداً ، واما دفع الثمن من ميزانيته الخاصة على دفعات تتواكب مع مراحل

---

(١) M. Pédamon, Rapport op. cit, p. 55.

(٢) م ١١٤٢ مدنى فرنسى ، م ٢١٢ : ٢١٤ مدنى مصرى . وينبغى ملاحظة أن التصرف الذى يتم بالمخالفة للشرط المانع يقع باطلاً . انظر تفصيل ذلك وفى المقارنة بين الشرطين ما سبق ص ٦٥ .

اعادة بيع البضاعة ، واما دفع الثمن على مراحل من مصدر تمويل خارجى (١) اى الحصول على ائتمان مناسب (٢) .

### (هـ) البيع الايجارى والتأجير الائتمانى :

تفادياً لتصرف المشترى فى المبيع يلجأ البائع ، احياناً ، الى اضفاء وصف الايجار على العلاقة التعاقدية التى تربطه بالمشترى ، وذلك عن طريق ما يسمى بالبيع الايجارى والتأجير الائتمانى (٣) . يحقق هذا الوصف المزيد من الفاعلية لضمانة للملكية التى يحتفظ بها البائع، نظراً لأن للمشترى لا يستطيع التصرف فى للبيع قبل سداد الثمن والا اعتبر مبدداً . ويجوز للبائع ، بوصفه مؤجراً ، استرداد المبيع فى أى وقت من المشترى ولو فى مواجهة جماعة الدائنين .

سبق ان رأينا عدم فعالية تلك الطريقة فى ضمان حق البائع ، نظراً لأن القضاء يرفض ذلك التكييف الذى يضفيه الاطراف على العلاقة ويسبغ عليها وصفها الصحيح كبيع (٤) . وقد نص المشرع المصرى على ذلك صراحة فى المادة ٤/٤٣٠ بقوله : « وتسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدات البيع ايجاراً » .

### الخلاصه :

يتضح مما سبق ان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يقى البائع مخاطر تصرف المشترى فى المبيع قبل سداد الثمن . ولم تكشف الاتفاقات البديلة أو التكميلية لهذا الشرط عن جدواها فى هذا المقام . ولعل السبب وراء ذلك هو اعمال قاعدة حيازة المنقول بحسن نية . لذا ينادى البعض بوجوب تدخل المشرع للنص على أحقية البائع فى استرداد المبيع المحتفظ بملكيته ليس فقط من المدين أو من جماعة الدائنين بل

---

(١) J. Acquaviva et C. Barcot, op. cit, n. 086, 087.

(٢) انظر ما يلى ص ١٩٣.

(٣) انظر ما سبق ص ٢٧ ، ٣٢ .

(٤) نفس الموضع .

أيضاً من الغير حسن النية (١) . ولكن حيوية قاعدة الحيازة فى استقرار المعاملات عامة أو النشاط التجارى خاصة ، تفوق لدى المشرع المصلحة التى يحققها شرط الاحتفاظ بالملكية للبائع ، لذا نجده قد توقف عند هذا الحد دون المساس بتلك القاعدة (٢) .

لعل المخرج الملائم هو البحث عن وسيلة مناسبة لشهر شرط الاحتفاظ بالملكية حتى يكون الغير على علم به قبل التعامل مع المشترى . وينبغى التحفظ فى اختيار تلك الوسيلة حتى تتناسب مع طبيعة المنقول من جهة وما تتميز به العلاقات التجارية من سرعة وبساطة من جهة أخرى (٣) .

ويمكن من ناحية أخرى التأقلم مع الواقع (٤) والبحث عن وسائل ضمان تكفل حق البائع فى حالة تصرف المشترى فى المبيع ، خاصة وان البائع قد يجيز هذا التصرف لان طبيعة الانتفاع بالبضاعة يقتضى حرية تصرف المشترى فيها ، كما فى حالة البضاعة المعدة للتوزيع أو الاستهلاك والتى يتم تداولها بين المصانع والتجار أو تاجر جملة وتاجر تجزئة . ما هى تلك الوسائل التى من شأنها التوفيق بين اعتبارين جوهريين : ضمان حق البائع فى الثمن من جهة ، وسهولة تحرك البضاعة عبر التبادل التجارى من خلال اطلاق حرية المشترى فى التصرف فيها من جهة أخرى . وهذا ما نعرض له فى البحث التالى .

(١) J. Hemard et B. Bouloc, obs., R.D. Com. 1987, P. 408.

(٢) انظر ما سبق ص ١٧٠ ، ١٧٥.

(٣) انظر ما سبق ص ١٢٧.

(٤) وهذا هو منحى القانون الالمانى ، كما سنرى ، انظر ما يلى ص ١٩٠.

## المبحث الثالث

## ضمانات البائع في حالة تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته

رأينا ان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يمنع ، من الناحية العملية ، المشترى من التصرف فى البضاعة قبل الوفاء بالثمن . ولا توجد كقاعدة عامة ، وسيلة قانونية حاسمة لمنع المشترى من اجراء هذا التصرف الذى قد يترتب عليه اهدار حقوق البائع اذا كان المتصرف اليه حسن النية . لذا ينبغى ، فى هذاه الحالة ، ان يتوقع البائع وقوع التصرف ، بل ولعله من الانسب التصريح به ، خاصة اذا كانت البضاعة معدة للاستهلاك أو للاتجار فيها ،حتى يتمكن المشترى من انعاش نشاطه الذى يساعده على سداد الثمن (١) . ويستطيع البائع لخذ الضمانات التى تكفل له استيفاء حقه من ثمار التصرف الذى يجريه المشترى فى البضاعة .

أسفر العمل عن عدة صيغ يمكن تضمينها الاتفاق المرخص للمشترى بالتصرف فى المبيع الذى يحتفظ البائع بملكيته لحين استيفاء كامل الثمن ، نعرض لها فيما يلى (٢) :

١- يجوز الاتفاق صراحة على انه فى حالة اعادة بيع المشترى للمبيع نقداً ، يلتزم بالوفاء الفورى بالثمن المتبقى منه عليه للبائع ، أى أن الوفاء يتم ، فى هذه الحالة ، قبل حلول الميعاد المتفق عليه أصلاً . واذا تم البيع الثانى بثمن مؤجل ، فان الوفاء بالثمن الاصلى يتم فى نفس موعد الوفاء بالثمن الجديد اذا كان أفضل للبائع . فالبائع الاصلى يستفيد من البيع الجديد من خلال الحصول على حقه فى الثمن قبل حلول الاجل المحدد له .

---

(١) انظر ما سبق ص ١٨٦.

(٢) انظر فى تفصيل ذلك J.Acquaviva et C. Barcot, op. cit, n. 098 et s.

لا يشكل مثل هذا الاتفاق ضمانة قوية للبائع لأن المشترى ، رغم اعادة بيعه للبضاعة ، قد يتخلف عن الوفاء بالثمن ، اذ لا يوجد ما يضمن تنفيذ التزامه سوى القواعد العامة ، ومن ثم فان جزاء تخلفه عن تنفيذ التزامه يتمثل فى النهاية فى التزامه بالتعويض . يفقد البائع ، فى هذه الحالة ، حقه فى استرداد المبيع الذى تم التصرف فيه للغير . ينبغى ، مع ذلك ، الاشارة الى أن الاتفاق المذكور ، رغم النقد الموجه اليه ، وان لم يضمن بدرجة كافيه حق البائع ، الا انه لا يزيد مركزه سوءاً ، لأن امكانية قيام المشترى بالتصرف فى المبيع ، المحتفظ بملكيته ، قائمة ، حتى ولو كان هناك شرط صريح فى عقد البيع يحظر عليه التصرف فيه ، لأن مثل هذا الشرط يفقد قيمته ، من حيث المبدأ ، قبل المتصرف اليه الحائز بحسن نية .

٢- يجوز الاتفاق على انه فى حالة قيام المشترى بالتصرف فى البضاعة للغير ، يلتزم المشترى بقيام المتصرف اليه بالوفاء للبائع الاصلى بالثمن المستحق له وذلك من المبالغ الموجودة فى ذمته للمتصرف ( البائع الثانى ) . يعد ذلك تطبيق للانابة الناقصة فى الوفاء (١) . حيث يكون للدائن ( البائع الاصلى) مدينان بنفس الدين : المشترى الاول والمشترى الثانى . وليس من مصلحة البائع قبول الانابة الكاملة التى تتضمن تجديداً بتغيير المدين ، ويترتب عليها براءة ذمة المشترى الاول قبله ، وعلى أية حال فالتجديد لا يفترض ، فاذا لم يوجد اتفاق واضح على الانابة الكاملة ، كنا بصدد انابة ناقصة (٢) .

يعيب هذه الصورة انها تنحصر ، كسابقتها ، فى الزام المدين باداء معين ينقلب الى مجرد التزام بالتعويض فى حالة عدم التنفيذ . ومن ثم فاننا نحيل الى ذات التعليق السابق . أضف الى ذلك ان من شأن

(١) م ١٢٧٥ مدنى فرنسى ، م ٣٥٩ : ٣٦١ مصرى .

(٢) نقض ١٣/٥/١٩٦٥ المجموعة س١٦ ص٥٨٣ ، ٣٠/٦/١٩٧٧ المجموعة س٢٨ ص١٥٤٣.

تلك الطريقة تبصرة كافة الاطراف بالثمن الحقيقى للصفقة الأولى والثانية مما قد يتعارض مع أساليب التعامل التجارى ومقتضيات السريه فيه بهدف المضاربة وتحقيق الربح .

٣- ويجوز الاتفاق على انه فى حالة اعادة بيع البضاعة بثمن مؤجل ، يتم تحرير هذا الثمن فى ورقة تجارية ، ويقوم المشترى الاصلى بتظهير هذه الورقة للبائع على سبيل الضمان ( تظهير تأمينى ) لحين حلول موعد استحقاق حقه فى الثمن .

ومن الجدير بالذكر ان اعادة بيع للبيع المحتفظ بملكيته للغير بثمن مؤجل يخول البائع الاصلى الحق فى طلب الثمن الموجود فى ذمة المتصرف اليه (١) . ومن ثم فان الاتفاق على أن يؤدى المشترى ما فى ذمته للبائع الاصلى لا يضيف جديداً الا اذا تمثل ذلك فى ورقة تجارية يحررها الاول للبائع الثانى الذى يقوم بدوره بتظهيرها للبائع الاصلى . تتميز تلك الطريقة بأنها تقية تحايل الطرفين على اسقاط حقه فى طلب الثمن ، الموجود فى ذمة المتصرف اليه الثانى ، من خلال الوفاء به قبل الموعد المحدد له .

تتعرض هذه الصورة بدورها لنفس الانتقادات السابقة من حيث طبيعة التزام المدين كالتزام بأداء ينقلب الى مجرد التزام بالتعويض فى حالة عدم التنفيذ . وتقل قيمة الوفاء بمثل هذا الالتزام فى حالة افلاس المدين . هذا بالاضافة الى كشف سرية الصفقة ومعرفة كافة عناصرها .

٤- ويمكن الاتفاق على ان يحيل المشترى حقوقه ، الناجمة عن اعادة البيع ، الى البائع . كان هذا الاتفاق مدرجاً ضمن نصوص قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الفرنسى ، حيث كانت المادة الثانية منه تقضى بأن المشترى الراغب فى اعادة بيع البضاعة ، التى يحتفظ البائع بملكيتها ،

---

(١) انظر ما سبق ص١٧٢ .

قبل الوفاء بثمنها ، يمكنه ان يحيل للبائع . على سبيل الضمان ، حقوقه المتولدة عن تلك الصفقة (١) . إلا انه تم حذف النص اثناء الاعمال التحضيرية بسبب تردد القضاء حول الاعتراف بامكان حوالة الحق الاحتمالى (٢) . ولكن الفكرة ظلت تراود المشرع بدليل اعادة طرح مناقشتها وتبنيها بمناسبة القانون الخاص بتسهيل منح الائتمان للمشروعات (٣) .

اما القانون الألمانى فقد اتسع حكمه ليشمل الشرط الممتد ، مؤدى ذلك ان الشرط ، بسيطاً كان او ممتداً ، يكون نافذاً قبل دائنى المشترى . وقد رأينا من صور امتداد الشرط انتقال حق البائع الى البضاعة المحولة فى صورتها الجديدة (٤) .

يجيز القانون الالمانى ايضاً انتقال حق البائع الى ثمن البضاعة المحتفظ بملكيتها فى حالة اعادة بيعها ، ويتم ذلك عن طريق شرط الحوالة المسبقة للحقوق المستقبلة أى الحقوق التى ستنشأ عن اعادة

---

(١) Art. 2 de la proposition de la loi Dubanchet . Sénat Documents Parlementaires, 77-78, n. 407, P. 8 in fine .

(٢) J. C'l Civil, art 1689 à 1695, Fasc.A, Par, Pierre Gode, n. 47 et la jurisprudence Citée.

(٣) وهو القانون المسمى بقانون ديلى الصادر فى ٢ يناير ١٩٨١ ، والذى تم تعديله فى ٢٤ يناير ١٩٨٤ ، انظر ما يلى ص١٩٤ ، ويعد هذا القانون تطوراً ملحوظاً فى القانون الفرنسى بالنسبة للتصرف الائتمانى عامة ونقل الحقوق على سبيل الضمان بصفة خاصة . انظر ما سبق ص ٧٤. ولا شك ان للقانون الالمانى تاثير واضح فى هذا المقام .

وانظر فيما يتعلق بالاعمال التحضيرية للقانون .

La proprosition de loi Dailly tenat à faciliter le Crédit aux entreprises. Sénat Documents parlementaires, 79-80,n.205 et J.O., Debat Sénat 29 juin 1980, P. 3280.

وانظر فى تطور القضاء الفرنسى بعد صدور القانون المذكور ما يلى ص ١٩٥.

(٤) انظر ما سبق ص ١٤٦.

بيع المشترى للبضاعة المسلمة اليه . ويتم ذلك عملاً فى حالة المشترى التاجر الذى لا يحصل على البضاعة من المورد الا بقصد اعادة بيعها . ويقتضى ذلك بالضرورة التصريح له باعادة بيع البضائع . ومن ثم فان للمجال الحقيق لمثل هذا الاتفاق هو العلاقة بين تجار الجملة وتجار التجزئة .

تؤدى الحوالة المسبقة الى امتداد شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط الذى ينقضى فى حالة اعادة بيع المشترى للبضاعة . ان من شأن الحوالة ايجاد نوع من استبدال التأمين ، حيث يحل الثمن محل البضاعة في ضمان حق البائع . تتم الحوالة بمجرد تبادل التراضي بين المورد والمشترى ، ولا يشترط اى اجراء شكلى ولا يلزم حتى مجرد اخطار للدين المحال عليه . كان القضاء ، فى فترة معينة ، يشترط ان تكون الحقوق المحالة على سبيل الضمان محددة . يكتفى القضاء حالياً بقابلية تلك الحقوق للتحديد . وقد ترتب على ذلك عملاً وجود شرط الحوالة المسبقة ، بصفة دائمة ، ضمن الشروط العامة لبيع التوريد التى يخضع لها الاطراف ، صراحة أو ضمناً ، علاقتهم التعاقدية .

ويحتفظ المشترى الاصلى بالحق فى ان يقوم بنفسه بتحصيل الحقوق التى احالها الى البائع . ويظل محتفظاً بهذا الحق طالما احترم تعهداته فيما يتعلق بالوفاء بثمن البضاعة المسلمة اليه . واذا اخل بتعهداته كان عليه أن يزود المورد باسماء مدينيه ومقدار حقوقه قبلهم حتى يقوم بتحصيلها منهم .

ينتشر شرط الحوالة المسبقة على صعيد واسع فى الحياة التجارية الالمانية (١) . ولكن اعمالها يصطدم ، فى بعض الاحيان ، بمعارضه

---

(١) يستتبع ذلك الانتشار -قيام نوع من التنازع ، احياناً ، بين اكثر من حوالة على نفس الحق . فقد يقع التنازع بين حوالة المشترى المسبقة لحقوقه قبل من يتصرف اليهم فى البضاعة للبائع المحتفظ بملكيتها ، والحوالة الشاملة التى يبرمها مع أحد البنوك .

M.Pédamon, Gaz.Pal. 1981,op. cit.

بعض المدينين ( المتصرف اليهم فى البضاعة ) . يشترط كبار الموزعين أو العملاء عدم قابلية دين ثمن البضاعة المسلمة اليهم للحوالة . وقد يشترطون لامكانية حوالة هذا الدين الحصول على موافقتهم . وترفض المحكمة العليا (١) ترتيب اى جزاء على مخالفة هذه الشروط التى يرى الفقه انها تتعارض ، بصفة عامة مع المفاهيم الحديثة للائتمان والتأمينات (٢) .

ويجوز الا يقتصر شرط الاحتفاظ بالملكية على ضمان دين ثمن المبيع بل يمكن ان يمتد ليضمن كل ديون المشترى قبل البائع الذى يظل محتفظاً بملكية البضاعة المسلمة الى حين استيفاء كافة حقوقه قبل المشترى أو كل الحقوق الناجمة عن جميع المعاملات التجارية بينهما . ويمكن أن يتسع الشرط لضمان ديون المشترى قبل الموردين الآخرين الذين يرتبطون بعلاقات تجارية مع البائع (٣).

ويمكن الاخذ بكافة الاتفاقات السابقة فى ظل القانون المصرى . إلا أن الامر ، كما رأينا ، لا يكون مجدياً فى حالة افلاس المشترى حيث لا يحتج بشرط الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة الدائنين (٤) . ويمكن ان تلعب تلك الاتفاقات دوراً هاماً فى ضمان حقوق البائع قبل المشترى غير المفلس .

---

(١) La Cour féderal ( Bundesgerichtshof)

(٢) M. Pédamon, op. cit.

(٣) نفس المرجع .

(٤) انظر ما سبق ص ١٠٩ ، وينبغى الاشارة ، بطبيعة الحال ، الى ان حوالة الحق تخضع لأحكام المواد ٣٠٣ : ٣١٤ مدنى .

# الفصل الثالث

## انتقال شرط الاحتفاظ بالملكية للغير علي سبيل الضمان
## (استفادة الغير من الشرط كأداة ضمان )

ان شرط الاحتفاظ بالملكية وسيلة لضمان حق البائع فى الثمن . وتؤدى فعالية هذا الشرط الى تشجيع الائتمان ، حيث يقبل المورد ، بسهولة ، توريد البضاعة للعميل ، ولو لم يستوف الثمن ، مع الاحتفاظ بملكيتها لحين استيفاء حقه . يؤدى ذلك الى ازدهار النشاط التجارى وتوافر السيولة النقدية لاستغلالها فى مجالاتها الضرورية .

ولكن الشرط المذكور يمكن أن يؤدى من ناحية أخرى ، الى جمود التبادل التجارى حيث يقيد حرية المشترى فى استغلال البضاعة والتصرف فيها خلال فترة ما قبل الوفاء بالثمن ، ويتعارض ذلك ، أحياناً ، مع طبيعة البضاعة والهدف من التعامل فيها ، مما قد يدفع المشترى الى محاولة الاقتراض لاتمام الوفاء بالثمن ، وهو فى سبيل ذلك قد يقوم برهن البضاعة للمقرض أو يعيد بيعها اليه وشراءها منه مرة أخرى تحت شرط الاحتفاظ بالملكية . ويمكن أن يلجأ المشترى الى الحصول على اذن البائع بالتصرف فى البضاعة مع ضمان حقه فى استيفاء الثمن من حصيلة هذا التصرف (١) . وقد يحتاج البائع نفسه الى الائتمان . فهل يستطيع نقل شرط الاحتفاظ بالملكية الى للممول على سبيل الضمان ؟

يتضح من ذلك ان المشكلة الرئيسية تكمن فى الائتمان والتمويل ، وذلك هو محور النشاط التجارى . يقتضى الامر تدخل أكثر من طرف ونشوء عدة علاقات قانونية متشابكة بين المقرض والممول من جهة وأطراف العقد من جهة أخرى . يحرص كل طرف

---

(١) انظر ما سبق ص ١٩٣ .

على ضمان حقوقه من ناحية وتيسير حصوله على الائتمان اللازم من ناحية أخرى .

ان حصول البائع أو المشترى على الائتمان اللازم يمكن أن يتم منخلال نقل الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (١) . توجد عدة وسائل فنية لتحقيق ذلك الغرض تتمثل فى : حوالة الحق ، الحلول الاتفاقى ، التنازل عن العقد ، البيع المزدوج . نعرض كل منهما على التوالى ، ثم نبين موقف القضاء الفرنسى ، ونعرض اخيراً للمسألة فى القانون المصرى (٢) .

## المبحث الأول
## حوالة الحق

تتمثل حوالة الحق فى اتفاق الدائن مع أجنبى على أن يحيل له حقه الموجود فى ذمة مدين معين . وتتم الحوالة دون حاجة الى رضاء المدين ، الا انها لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير الا اذا قبلها المدين أو اعلن بها . ويلزم لنفاذ الحوالة قبل الغير ان يكون قبول المدين لها ثابت التاريخ (م٣٠٥ مدنى مصرى ) (٢) . وتقضى المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى بنفس المعنى ، وان كانت تتطلب ، لنفاذ الحوالة ، أن يكون قبول المدين لها قد تم بتصرف رسمى . وتقف هذه الشكلية عقبة أمام استخدام حوالة الحق فى المسائل التجارية ، لذا جاءت التعديلات التشريعية الحديثة بهدف التخفيف منها . تمثل ذلك فى صدور قانون ديلى فى ٢ يناير ١٩٨١ والذى تم تعديله بقانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ (٣).

---

(١) A.Ghozi, Nature juridique et transmissibilité de la Clause de résérve de propriété, D. 1986, P. 317- Solinne , La transmission de la propriété, Gaz.Pal 1985.1.187

(٢) انظر بالنسبة للقانون الالمانى ما سبق ص١٤٦ ، ١٩٠.

(٣) وتم ذلك عن طريق مشروع القانون المقدم أمام مجلس الشيوخ من أحد الاعضاء M.Dailly الرامى الى تسهيل تداول الحقوق التجارية عن طريق السماح بحوالتها الى البنوك أو المؤسسات المالية بمجرد تسليم القائمة أو الحافظة التى تتضمنها .

يسمح القانون بجعل الديون المهنية الحاضرة والمستقبلة اداة ائتمان إما عن طريق رهنها رهناً حيازياً أو من خلال التنازل عنها . يمكن أن يؤدى التنازل الى نقل ملكية الدين على سبيل الضمان وبدون اشتراط أى ثمن . ويتم ذلك باجراءات سهلة وفعالة تتمثل فى حصر الديون المتنازل عنها فى قائمة تعطي للمتنازل له . وينبغى فقط تعيين الدين أو الديون تعييناً ذاتياً وأن يذكر انه تنازل عن الديون المهنية طبقاً لقانون ٢ يناير ١٩٨١ . ولا يلزم اعلان المدين بالتنازل ، ولا يتطلب ، بالتالى ، قبوله ، الا أن هذا القبول ، فى حالة حدوثه ، يرتب آثاراً هامة كتلك التى تترتب على قبول المسحوب عليه فى الكمبيالة . فالقبول يعادل الالتزام بالدفع فى حق الغير وقبل جميع دائنى المتنازل عليه ابتداء من التاريخ المكتوب على القائمة ولو لم يكن ثابتاً (١) .

كان لهذا التطور التشريعى أثره الواضح على القضاء (٢) ، حيث

---

Sénat Documents parlementaires 79-80, n. 205 et J.O. : Débat = Sénat, 29 juin 1980, P. 3280.

ولا شك ان للمشرع الفرنسى رغب ، فى هذا الصدد ، الاستفادة من البساطة المقررة فى القانون الالمانى .

انظر ما سبق ص ٦٩ .

(١) Hemmelle , Cession de Créances professionnelles , gaz. Pal. 1984.1.79.

Gavalda, Securités et précarités de la Cession de Créances par voie Daily .
J.C.P. 1989, Ed.E. 15374.

وينبغى ملاحظة ان الحوالة لا تكون نافذة ، من حيث المبدأ ، قبل جماعة الدائنين الا اذا تمت قبل الحكم بشهر الافلاس أو فترة الريبة .

Grénoble , 3 nov. 1987, D. 1989 obs. Vasseur, R.D. - Com., obs. Cabrillac et Teyssie

(٢) انظر فيما يتعلق بالموقف العدائى للقضاء من فكرة نقل الملكية على سبيل الضمان ما يلى ص ٢١٠

وقد بدا هذا التطور واضحاً بقبول محكمة النقض صراحة استفادة الغير من شرط الاحتفاظ بالملكية باعتباره من ملحقات الحق فى الثمن الذى يحل فيه محل صاحبه أو يتم التنازل عنه للغير على سبيل الضمان ، انظر ما يلى ص٢١٢ .

عزض عليه الامر بمناسبة قيام مشترى باعادة بيع بضاعة احتفظ البائع الاصلى بملكيتها . تنازل المشترى ( البائع الثانى ) عن الثمن للغير ، فثار التنازع بين هذا الغير المتنازل له والبائع الاصلى الذى جاء ليمارس حقه فى اقتضاء ثمن اعادة بيع البضاعة التى يحتفظ بملكيتها (١) . قرر القضاء أولوية حق الاخير لأن المتنازل له اكتسب الحق فى الثمن منقلاً بحق البائع الاصلى فى المطالبة به ، ويحل الحق فى الثمن الناتج عن اعادة البيع ، محل البضاعة المحتفظ بملكيتها . ويتم هذا الحلول فى نفس اللحظة التى يولد فيها هذا الحق فى الثمن أى لحظة اعادة البيع . ومن ثم فان البنك المحال اليه يكون قد اكتسب حقاً ممن لم يعد مالكاً له (٢) . مفاد ذلك ان قضاء النقض يستند الى أسبقية الحلول على الحوالة .

يرى بعض الفقه ، مع ذلك ، انه من الصعب امكانية تحويل الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية للغير ، ذلك ان المادة ١٦٩٢ فرنسى تقضى بأن حوالة الحق تشمل ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن (٣) . ومن المقرر ان احتفاظ البائع بالملكية بمقتضى شرط فى عقد البيع لا يشكل ضمانة تابعة لحقه فى الثمن اذ لا تسمح الصياغة المحددة لتلك المادة بالقول بخلاف ذلك . ومن ثم لا يعتقد الفقه فى امكانية نقل الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية للغير بمجرد

---

(١) Martin D., Du conflit relatif à la Créance du prix de revente d'une marchandise acquise sous réserve de propriéré,D. 1986. 323.

وانظر فيما يتعلق بحق البائع على ثمن اعادة بيع البضاعه ما سبق ص ١٧٢ .

(٢) Com, 20 juin 1989, D. 1989. 431, note Pérochon, rejetant le pourvai contre Paris, 3 fév. 1988. R.D. Com. 1989. 207, obs Carbillac et Teyssie.

(٣) نفس المعنى فى المادة ٣٠٧ مدنى مصرى . وتضيف « ... كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط ».

التـراضى على حـوالة الحق فى الثـمن المحـدد له (١) . فـالبـائع يمكنه حوالة حـقه فى الثمن قبل المشـترى للغيـر ، الا ان شـرط الاحـتفـاظ بملكية البضـاعة المبيعة المقرر لضـمان الوفـاء بثمنها لا يسـتفيد منه الغـيـر المحـال له ، أى لا ينتـقل اليـه الشـرط لانه لا يندرج ضـمن الضمانات المقررة فى النص السالف .

يختلف الحكم فى القانون الالمانى الذى يجرى العمل فيه على جعل كل قيمة اقتصادية ممكنة اداة ائتمان . لذا توجد العديد من صور التأمينات التى ترد المنقول دون حيـازته (٢) . ويدخل فى ذلك طبيـعة الحـال امكانية قيام البائع بحـوالة حـقـه فى الثمن وشـرط الاحتفـاظ بالملكية الضـامن له ، بل ويستطيع البائع تقديمه للبنك كأداة ضمـان للحصول على الائتمان اللازم (٣) .

## المبحث الثانى
## الحلول الاتفاقى

ينظم القـانون المدنى نوعين من الحلول الاتـفـاقى : الأول : الحلول بواسطة الـدائن ، ويتـمـثل فـى اتفـاق الـدائن مع الموفى علـى أن يحل محله فى حقوقه ، بضماناته ، قبل المدين ، ولو لم يقبل المدين ذلك . ولا يصح أن يتـأخر هذا الاتـفاق عن وقت الوفـاء . الثـانى : الحلول بواسطة المدين ، حيث يجوز له ، اذا اقترض مـالاً وفى به الدين ، ان يحل المقرض مـحل الدائن الذى اسـتوفى حـقـه ولو بغيـر رضـاء هذا الدائن ، على أن يذكر فى عـقد القرض ان المال قد خـصص للوفاء ، وفى المخالصـة كان من هذا المـال الذى اقـرضــه الدائن الجـديد (٤) . ويشـتـرط المشـرع الفرنسى لصحة الحلول ، فى هذه الحالة ، اتمامه فى ورقة رسمية أمام

---

(١) J.Acquaviva et C. Barcot, op. cit, n. 107.

(٢) انظر ما سبق ص ٦٨.

(٣) M. Pédamon, Gaz. Pal . op. cit.

(٤) م ١٢٥٠ مدنى فرنسى ، م ٤٢٧ ، ٣٢٨ مدنى مصرى .

موثق . تؤدى هذه الشكلية ، عملاً ، الى استبعاد اللجوء لتلك الصورة من الحلول فى المسائل التجارية (١) .

هل معنى ذلك أن الصياغة المبسطة للحلول فى القانون المصرى وللصورة الاولى منه فى القانون الفرنسى ، من شأنها تشجيع اللجوء اليه فى المعاملات التجارية ؟ اذا كانت الاجابة بالايجاب (٢) . فهل يستتبع ذلك امكانية تطبيق الحلول بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية أى هل يستطيع البائع الذى يستوفى حقه من الغير ، أن ينقل اليه من خلال الحلول الاتفاقى ، حق الملكية الذى يحتفظ به على البضاعة المبيعة ؟ وبعبارة أخرى ، هل يستطيع الغير ، الذى يحل محل البائع فى حقوقه قبل المشترى ودائنيه ، ان يطلب استرداد المبيع ( أن يمارس دعوى الاسترداد لصالحه ) فى حالة عدم استيفائه لاقساط الثمن المحددة ؟

يمكن اجمال محاولات الاجابة على هذا التساؤل فى اتجاهات أربعة (٣) :

**الاتجاه الأول** : يجيب البعض على هذا التساؤل بالايجاب ، نظراً لان حلول الغير محل الدائن لا يقتصر فقط على الحق وتوابعه بل يمتد ليشمل كل الحقوق المرتبطة به (٤) . ويدخل فى ذلك بطبيعة الحال حق الملكية الذى يحتفظ به البائع فى عقد البيع . فالملكية هنا لم يتم الاحتفاظ بها لذاتها بل على سبيل الضمان للحق فى الثمن ، لذا

---

(١) J. Acquaviva et C. Bacrot., op. cit, n. 091.

(٢) J. Ghestin, Reflexions ..., op. cit, n. 33.

(٣) نقصد بذلك الاتجاهات الفقهية ، أما عن اتجاه القضاء ، بصدد هذا الموضوع ، فسنعرض له بصدد موقف محكمة النقض من مسألة انتقال الاستفادة من الشرط للغير ، انظر ما يلى ص٢١٢ .

(٤) Demogue, obs., R.T.D. Civ. 1935, P. 694- Gavalda et Stoufflet, Droit de la Banque, Thémis 1974, P. 754, n. 551.

فمن الطبيعى ان ينتقل هذا الضمان الى الموفى . اضف الى ذلك انه من المقرر السماح للموفى بأن يحل محل الدائن فى دعوى الفسخ والشرط الصريح الفاسخ ، ومن ثم فان للموفى يستفيد ايضاً من شرط الاحتفاظ بالملكية ويمكنه استرداد المبيع كما هو الحال فى الفسخ (١) .

يعترض البعض على هذا الاتجاه مقرراً أن شرط الاحتفاظ بالملكية لا يقبل الانتقال عن طريق الحلول . فالقانون الفرنسى لا يعرف ، كمبدأ عام انتقال الملكية على سبيل الضمان . واذا كان للمشرع يقر الحلول محل الدائن فى الحقوق والدعاوى والتأمينات قبل المدين ، فان ذلك لا يشمل ، استناداً الى نفس الاساس التشريعى ، سوى الحقوق المقررة للدائن على سبيل الضمان . ومن الصعب القول بأن موضوع عقد البيع ذاته ، وهو نقل الملكية ، يعد مجرد ملحق أو تابع لهذا العقد ، ولا يمكن اعتبار حق الملكية مجرد تابع للحق فى الثمن وينتقل بالتالى ، معه (٢) .

ولا يجوز الاستناد الى انتقال رخصة طلب الفسخ الى الموفى الذى حل محل الدائن ، لاعمال نفس الحكم بصدد شرط الاحتفاظ بالملكية

---

(١) J.Mestre, La subrogation personnelle, Thèse Aix, L.G.D.J. 1979, P. 548, n.497 et 498.

والجدير بالذكر ان هذا الاتجاه يستشهد بحكم محكمة القاهرة فى ١٩٣٥/٢/٢٠.

Trib. du Caire du 20 fév. 1935, Egypte juduciaire, 111, P. 285, R.T.D. Civ. 1935, P. 694, n. 4, obs.R.Demogue.

ويستشهد ايضاً بالقضاء الفرنسى الصادر قبل قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ مشبهاً شرط الاحتفاظ بالملكية بالشرط الفاسخ .

(٢) وذلك بخلاف الحال فى القانون الالمانى ، انظر ما سبق ص . وقد تأثر المشرع الفرنسى حديثاً بنظيره الالمانى وقرر امكانية نقل ملكية الدين على سبيل الضمان ، انظر ما سبق ص ١٩٤. ونظل ، مع ذلك ، امام تطبيق استثنائى وليس مبدأ عام .

J.M.Mousseron, La Clause de réserve de propriété, Cahiers de Droit de l'Entreprise 1980, n. 4, P.3, note 11.

على سبيل القياس لاختلاف الطبيعة فى الحالتين : فاذا كان فسخ البيع يؤدى الى عودة الملكية للبائع ، فان ذلك ليس سوى نتيجة اعمال دعوى الفسخ تطبيقاً للمادة ١/١٢٥٠ بالتزامن مع المادة ١١٨٤ (١) من القانون المدنى الفرنسى وليس نتيجة للحلول فى ذاته .

اضف الى ذلك ان رخصة طلبه الفسخ تعد مركزاً متميزاً (٢) يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتقابل بين حقوق والتزامات طرفى العقد الملزم للجانبين . وهذا المركز بوصفه صفة ملاصقة لتلك الحقوق لا يمكن فصله عنها ، ولا بد ، بالتالى من انتقاله معها فى حالة الحلول . إما شرط الاحتفاظ بالملكية فهو ، على العكس ، عنصر مضاف باتفاق الاطراف الى المركز المتميز الناشىء عن طبيعة العقد الملزم للجانبين (٣) .

اما عن القضاء الذى يستند اليه أصحاب هذا الاتجاه والصادر قبل قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، فانه وان لخضع شرط الاحتفاظ بالملكية لاحكام الشرط الفاسخ ، الا ان تأمل تلك الاحكام يكشف بوضوح عن انها لم تذهب مطلقاً الى وجود التشابه بين الشرطين (٤) .

الاتجاه الثانى : يمكن ان يتبادر الى الذهن الاستناد الى نص المادة ٧١١ مدنى فرنسى التى تقضى بأن ملكية الاموال تكتسب وتنتقل بالميراث والهبة والوصية وكأثر للالتزام . وتعنى هذه العبارة الاخيرة انتقال الملكية بالاتفاق . إلا انه من الصعب ترجمة العبارة بمعناها الحرفى ، فلا يوجد فى القانون الفرنسى سوى عقدين موضوعهما نقل الملكية بعوض : البيع والمقايضة . وليس من شأن الحلول الاتفاقى المنظم فى المادة ١٢٥٠ ان ينقل بذاته الملكية . واذا اتفق

(١) وتتعلق بالفسخ عموماً . انظر المادة ١٥٧ مدنى مصرى .

(٢) Marty et Raynaud, Les surêtés , P.3, n.4.

(٣) J. Ghestin, Reflexions.., op. cit., n. 35.

(٤) نفس الموضع ، انظر القضاء المشار اليه لديه فى هامش ١١، ١٢، ١٣.

الاطراف صراحة ، فى هذه الحالة ، على نقل الملكية ، فاننا لا نكون بصدد حلول بل بيع . ويستتبع ذلك التسليم بأنه يجوز للبائع المرتبط بعقد بيع صحيح ان ينقل ملكية المبيع الذى يحتفظ بملكيته لحين استيفاء الثمن لشخص أخر غير المشترى (١) .

وبالرغم من استبعاد لحقية الممول فى الحلول محل البائع فى حقوقه الناتجة عن شرط الاحتفاظ بالملكية ، الا أنه يجدر الاشارة الى الاهمية المحدودة لهذا الحلول . فهو لا يجدى حقيقة بالنسبة للمقرض الا فى حالة بقاء البضاعة فى يد المشترى ، أما اذا قام الاخير باعادة بيعها فانه لا يمكن المطالبة باستردادها من بين يدى المشترى الجديد الحائز لها بحسن نية ، أياً كان صاحب الحق فى هذا الاسترداد (٢) .

**الاتجاه الثالث :** يمكن ان يثور التساؤل ايضاً عما اذا كان الاحتفاظ بالملكية يعد تأميناً عينياً أى حق عينى تبعى لدين الثمن الذى يضمنه وينتقل ، بالتالى ، معه .

لعل المرجع وراء هذا التساؤل يكمن فيما يلاحظه الفقه من أن استعمال الملكية على سبيل الضمان اصبح امراً معترفاً به فى القانون الوضعى (٣) مما يسمح بتشبيهها بتأمين حقيقى . مثال ذلك التأجير الائتمانى الذى تلعب فيه الملكية ، بلا شك ، دور الضمان (٤) .

ينتقد الفقه هذا المثال لانه اذا كان من يستعمل المال موضوع

---

(١) انظر ما سبق ص ٧٩. وانظر فى عرض ذلك الاتجاه والرد عليه :
J. Acquaviva et C. Bacrot, op. cit., n. 096 et 097.

(٢) انظر ما سبق ص ١٧٠ .

(٣) قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الذى ينظم الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، م ٤٣٠ مصرى . قانون ٢ يناير ١٩٨١ المعدل بقانون ٢٤ يناير ١٩٨٤ الذى ينظم نقل ملكية الحقوق المهنية على سبيل الضمان ، انظر ما سبق ص١٩٤. وانظر القانون الالمانى ص ١٩٠.

(٤) انظر ما سبق ص ٣٣ .

التأجير الائتماني يستحوذ بالفعل على ما يمكن تسميته بالملكية الاقتصادية ، بينما تستفيد المؤسسة المانحة للائتمان من الملكية كأداة ضمان ، فان هذه النتيجة ليست وليدة اعتبار الملكية تأميناً جديداً ، ولكنها تنجم ببساطة عن تضافر الاساليب التعاقدية التقليدية (١) .

واذا كانت الملكية ، بوصفها وسيلة ضمان الوفاء بالثمن ، تؤدى دور التأمين ، فليس معنى ذلك انها تنقلب الى تأمين عينى بالمعنى الدقيق . فلا ينبغى الخلط ، فى الواقع ، بين وظيفة الأداة ، كغاية يرمى اليها الاطراف ، وتكييفها الذى يخضع لرقابة القضاء . والقول بأن الملكية تأمين مؤداه انشاء تأمين عينى جديد وهو أمر ليس من السهل التسليم به فى ظل القانون الوضعى الحالى (٢) . لا يجوز انشاء تأمينات عينية جديدة غير تلك الواردة فى القانون على سبيل الحصر لأن من شأن ذلك المساس بالضمان العام للدائنين ، الذين ينبغى أن يكونوا ، هم والغير بصفة عامة ، على علم بالمركز المتميز الذى يمنح لبعض الدائنين (٣) .

ويبدى القضاء ، اذا عرض عليه الامر بمناسبة شرط الاحتفاظ بالملكية ذا الإصل الاجنبى ، موقفاً عدائياً واضحاً فى هذا المجال (٤) . ومن المتصور مع ذلك أن يؤدى تزايد انتشار الشرط المذكور ، اثر العمل بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، الى تطور موقف القضاء فى هذه المسألة (٥) . الا انه ينبغى التأكيد بأن انتقال الاستفادة من شرط

---

(١) Cf. El Mokhtar Bey, De la symbiotique les leasing et Crédit-bail mobiliers, Dalloz, 1970 - Witz, la fiducie en doir privé français, thèse , Strasbourg, 1979, P. 144, n. 150.

(٢) J. Ghestin, Reflexions ..., op. cit, n. 36.

(٣) H.L. et J. Mazeaud, Leçons de Droit Civil, Sûretés et publicité foncière, 5eme éd., par F.Chabas, P. 8-9 n.5.

(٤) J. Ghestin, op. cit .

(٥) انظر ما يلى ص ١٩٥ ، ٢١٢ .

الاحتفاظ بالملكية ، بوصفه احد توابع الدين ، الى الغير لا يزال حتى وقتنا هذا امراً محل شك فى القانون الوضعى (١) .

الاتجاه الرابع : اذا كان البعض يرى فى الحلول افضل وسيلة لانتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية . فان الطبيعة الخاصة للحلول تجعل منه ، على العكس ، وسيلة غير مناسبة لهذا الانتقال .

فمن المتفق عليه ان الوفاء مع الحلول لا يؤدى الى انقضاء الدين ولا التأمينات الضامنة له ، بل يؤدى الى انتقالها الى الموفى . واذا امكن تشبيه شرط الاحتفاظ بالملكية بالتأمين فانه ينتقل بدوره مع الدين الى الموفى . وينبغى ، مع ذلك ، أن نأخذ فى الاعتبار الطبيعة الخاصة لهذا الضمان ، فنقل الملكية يتم ، فى الاصل ، بقوة القانون كنتيجة لعقد البيع ، الا أن شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدى الى تأخير هذا الانتقال الى حين الوفاء بكامل الثمن . فاذا قام البنك بدفع الثمن فان الملكية لا تنتقل له بل الى المشترى اعمالاً للشرط المذكور . وينبغى لتفادى تلك النتيجة ، اتخاذ خطوة أخرى نحو تعديل الآثار العادية للوفاء من الغير ليس فقط فيما يتعلق بانقضاء الدين بل أيضاً فيما يتعلق بنقل الملكية . ويعد ذلك التعديل عقبة اضافية أمام نقل الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية للبنك . ويمكن تخطى هذه العقبة عن طريق اختيار الصياغة الملائمة للشرط المذكور ، كالنص مثلاً على ان الملكية لا تنتقل الا بعد الوفاء بكامل الثمن من المشترى نفسه أو النص على أن الملكية لا تنتقل الى المشترى فى حالة وفاء الغير بالثمن ، ويحل هذا الغير محل البائع فى الاحتفاظ بالملكية . واذا أمكن تعديل صياغة الشرط انطلاقاً من مبدأ الحرية التعاقدية ، فهل يخضع مثل هذا الشرط لقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الذى اكد واضعوه صراحة انه لا ينطبق الا على شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط ؟ لا شك ان الصياغة الجديدة

---

(١) J. Ghestin, op. cit.

للشرط لا تجعل منه شرطاً بسيطاً ، ويصعب القول ، بالتالى ، بنفاذه قبل جماعة الدائنين (١)

## المبحث الثالث
## التنازل عن عقد البيع

يمكن تعريف التنازل عن العقد بأنه « نقل المركز التعاقدى لأحد الاطراف بما يتضمنه هذا المركز من حقوق والتزامات » (٢) وبعبارة اخرى فالتنازل يعتبر اتفاق ينقل بمقتضاه احد المتعاقدين للغير مجموعة الروابط القانونية التى تخصه فى العقد (٣) . توجد العديد من التطبيقات لهذا التنازل فى القانون الوضعى المعاصر ، فى عقود البيع والايجار والمبانى تحت الانشاء والشركات (٤) ، الا ان النظام القانونى للتنازل عن العقد لا يزال ، مع ذلك ، متسماً بالغموض ويثير الكثير من الخلاف (٥) .

والسؤال الذى يطرح نفسه هو مدى امكانية نقل الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية عبر التنازل عن عقد البيع .

---

(١) نفس المرجع رقم ٣٨ .
ويضيف الكاتب اقتراحاً آخر لتفادي العقبة المذكورة ، يتمثل فى الوفاء بجزء من الثمن ، ومن ثم لا تنتقل الملكية ، فى هذه الحالة ، الى المشترى نظراً لأن الانتقال موقو ف على الوفاء بكامل الثمن . هنا يقتصر الحلول على جزء من الحق فقط ، وبالتالى على الجزء المقابل له من البضاعة المحملة بشرط الاحتفاظ بالملكية .
J. Ghestin, La transmission des obligations , Travaux des IXe Journées d'études Jean Dabin, Louvain 1980, n. 61.

(٢) Ph. Malaurie, La Cession de Contrat, Cours doctorat, Paris 11,1975-76, P. 227.

(٣) EnC. Dalloz, Rép. Civ. Cession de Conntrat, par Charles lapp., n.1- P. Raynaud, Les Contrats ayant pour objet une obligation, Cours D.E.A, Paris 11,1977-78, P. 89.

(٤) J. Ghestin, La transmission des obligations, op. cit. P. 66.

(٥) Ph. Malaurie, op. cit., P. 236.

ينبغى ملاحظة ان تنازل البائع عن عقد البيع للبنك يتضمن بالضرورة انتقال شرط الاحتفاظ بالملكية . لا يقتصر الانتقال ، فى الواقع ، على الحق وتوابعه بل يشمل المركز التعاقدى فى جملته ، ومن ثم لا تثور صعوبة بصدد انتقال الملكية التى يحتفظ بها البائع اى انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية لان حق الملكية لا ينتقل ، فى الواقع ، عند التنازل عن العقد ، الى المتنازل اليه كضمانه للحق فى الثمن ، بل ينتقل فى ذاته كنتيجة للعقد موضوع التنازل .

ولكن الانتقال ، على هذا النحو ، يكشف عن عدة عيوب ترتبط بالطريقة المتبعة اصلاً . فالبنك ، الذى يحل حلولاً كاملاً محل البائع ، يصبح مديناً قبل المشترى بكل الالتزامات التى تقع على عاتق البائع المهنى ، وبصفة خاصة ضمان العيوب الخفية (١) . ومن الصعب تصور قيام البائع بنقل التزامه بالضمان الى المتنازل اليه عن العقد ، بل انه من غير المتصور ، عملاً ، قبول البنك تحمل مثل هذا الالتزام . ليس هناك مانع ، نظرياً وانطلاقاً من مبدأ الحرية التعاقدية ، من النص فى عقد التنازل على بقاء الالتزام بالضمان على عاتق المتنازل وحده . لعل الخشية الوحيدة ، فى هذا الصدد ، تكمن فى قيام المحكمة باعادة تكييف العقد واعطاء وصفاً اخر يتفق مع احكامه (٢) .

ومن المشكوك فيه اتجاه البنوك الى قبول ذلك الاسلوب الذى ينطوى على كثير من المخاطر (٣) ، خاصة وان الضمان الذى يقدمه البنك ( شرط الاحتفاظ بالملكية ) يمكن ان يفقد فعاليته فى حالة اعادة المشترى بيع البضاعة للغير حسن النية ، حيث لا يجوز للبائع التمسك بالشرط فى مواجهته (٤) . ولا يمكن ان تكون للبنك المتنازل اليه حقوقاً اكثر من تلك التى تكون للبائع المتنازل .

---

(١) J. Ghestin, Reflexions..., op. cit., n. 39.

(٢) J. Acquaviva et C. Bacrot, op. cit, n.111

(٣) J. Ghestin, op. cit.

(٤) انظر ما سبق ص ١٧٠.

واخيراً فانه ينبغى ملاحظة ان التنازل عن العقد يتضمن ، فى ذات الوقت ، حوالة الحق . والواقع ان التنازل يشترك مع الحوالة فى العديد من النقاط . يكمن الفارق الرئيسى بينهما فى ان التنازل ينقل الى المتنازل اليه كل حقوق والتزامات المتنازل ما لم يوجد اتفاق أخير . ويترتب على ذلك خضوع التنازل بدوره لنفس الاجراءات الشكلية المطلوبة فى المادة ١٦٩٠ مدنى فرنسى ، حيث يلزم لنفاذه فى حق المتنازل فى مواجهته والغير استيفاء تلك الاجراءات (١) . ولا شك ان تلك الاجراءات الشكلية من شأنها أن تعوق اللجوء الى التنازل عن العقد فى المسائل التجارية (٢) .

## المبحث الرابع
## تظهير الأوراق التجارية

هل يمكن أن يؤدى التظهير الناقل للأوراق التجارية المحررة بمناسبة البيع المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية الى نقل الحقوق التى يخولها ذلك الشرط لصاحبه ؟ اذا قام المشترى ، مثلاً بتحرير ورقة تجارية للبائع بالثمن مستحقة الدفع فى تاريخ لاحق ثم قام الاخير بتظهيرها ( نقل ملكيتها ) لشخص آخر ، فهل يستفيد هذا الشخص من شرط الاحتفاظ بالملكية الذى يضمن الوفاء بالثمن ؟

يمكن الاجابة بنعم على ضوء المادة ١١٨ من التقنين التجارى الفرنسى التى تقضى بأن التظهير ينقل كل الحقوق التى تتولد على الكمبيالة . يستنتج القضاء ، منذ أمد بعيد ، من ذلك النص أن المظهر اليه يستفيد ، كقاعدة عامة ، بالتأمينات التى تضمن مقابل الوفاء (٣) . ومن ثم يمكن القول بأن شرط الاحتفاظ بالملكية ، كضمانة مقررة

---

(١) J. Ghestin , La transmission ..., op. cit. n. 99- Lapp, op. cit., n. 31.

(٢) كما سبق ورأينا بصدد حوالة الحق ، انظر التطور التشريعى الفرنسى الحديث فى هذا المجال . ما سبق ص١٩٤.

(٣) Civ. 20 juin 1854 D.P. 1854.1.305- Paris 4 jan.1899, D. 1900.2.121.note Percerou.

للبائع للوفاء بالثمن ، ينتقل الى المظهر اليه المستفيد بالورقة التجارية المتضمنة لدين الثمن .

إلا انه ينبغى ، مع ذلك ، التحفظ فى هذا المقام لان القضاء السابق لا يمكن الاستناد اليه الا اذا انتهينا الى اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية مجرد ضمانة مقررة للبائع (١) ، وهو امر ، سبق ان رأينا انه محل شك وجدل كبير (٢) .

## المبحث الخامس
## البيع المزدوج

نبدأ ببيان وضع المسألة ، ثم نعرض لموقف الفقه منها قبل دراسة موقف القضاء..

### وضع المسألة :

اسفر الواقع العملى عن وسيلة جديدة لنقل الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية الى المقرض . تتمثل هذه الوسيلة فى بيع البضاعة للبنك وربط هذا البيع بعملية بيعها للمشترى الفعلى . اى اننا نكون أمام عملية بيع مزدوج لذات البضاعة . فبالرغم من ان قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ لا يتكلم عن البائع الا أن الشراح يرون اعمال دعوى الاسترداد الواردة فيه يفترض وجود عقد بيع بين المشترى المفلس وطالب استرداد البضاعة التى لم يتم دفع ثمنها . لذا كان من الضرورى ، لاستفادة البنك من هذه الدعوى ، أن يظهر ، فى ذات الوقت ، بمظهر مالك البضاعة وبائعها ، ويقتضى ذلك أن يكون قد سبق له شراءها من البائع الاصلى .

---

= Les Cot et Roblot, les effets de Commerce, 1953, n. 292-J.P. Marty, les rapports de la Créance fondamentale et du titre avec la provision de la lettre de change, R.T.D. Com. 1978.307 et s. specialement P. 313 à 315.

(١) J. Acquaviva et C. Bacrot , op. cit. n. 108.

(٢) انظر ما سبق ص ١٩٧.

وللوصول الى تلك النتيجة يتبادر الى الذهن اكثر من صياغة قانونية : يمكن للبنك شراء البضاعة من التاجر ثم يعيد بيعها للمشترى ، الراغب فيها اصلاً ، مع الاحتفاظ بملكيتها . ويمكن أن يشترى الشخص البضاعة من البائع مباشرة ثم يعيد بيعها نقداً للبنك الذى يعيد بيعها اليه مرة ثانية بيعاً ائتمانياً يحتفظ فيه بملكية البضاعة لحين الوفاء بكامل الثمن (١) .

وهناك صياغة اخرى اكثر تعقيداً : يبرم البائع مع المشترى عقد بيع متضمناً شرط الاحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بالثمن وشرطاً فاسخاً صريحاً فى حالة التخلف عن الوفاء به . ويبرم البائع مع البنك عقدين مستقلين ويكمل كل منهما الآخر : حوالة للحق فى الثمن معلقة على شرط فاسخ هو تخلف المشترى عن الوفاء فى الميعاد ، بيع للبضاعة معلق على شرط واقف هو ذات الواقعة ( التخلف عن الوفاء ) . ويترتب على ذلك انه اذا قام المشترى بالوفاء تخلف الشرط الفاسخ وتأكدت الحوالة ويتخلف ، فى ذات الوقت ، الشرط الواقف وينمحى عقد البيع المبرم مع البنك . والعكس صحيح فى حالة تخلف المشترى عن الوفاء ، فان الحوالة تزول لتحقق الشرط الفاسخ ويتأكد البيع مع البنك لتحقق الشرط الواقف (٢) .

**موقف الفقه :**

تنطوى تلك التركيبات على قدر من الاغراء من زاوية الصياغة القانونية بالمعنى الدقيق ، الا انه يصعب تصور تطبيقها عملياً ، اللهم فى حالات استثنائية ، وذلك نظراً لتعدد وتداخل الاساليب القانونية اللازمة لتحقيقها . ونظراً لان امثال تلك « التركيبات القانونية »

---

(١) J. Ghestin , Reflexions ...., op. cit., n. 40.

(٢) Mousseron, Cahiers de droit de l'entreprise, Distribution , n.4, 1980 , P.3 note 11.

تستدعى تحليلاً تفصيلياً مقارناً يخرج عن نطاق دراستنا ،، فاننا نكتفى بالقاء بعض الضوء عليها لمعرفة مدى توافقها مع شرط الاحتفاظ بالملكية (١) .

بادىء ذى بدء يعن لنا التساؤل عن مدى جدوى اللجوء الى تلك التركيبات المتعددة ، بصدد عقد بيع يتسم أصلاً بالتعقيد ، فى الوصول نتيجة لا تزال احتمالية إلا وهى مكنة استرداد البضاعة المبيوعة عند عدم الوفاء بثمنها . فالبنك لا يمكن أن تكون له حقوق أكثر من تلك المقررة للبائع نفسه . ومن المقرر ان حق البائع فى الاسترداد يسقط فى حالة تغير الحالة العينية للبضاعة أو اعادة بيعها للغير حسن النية (٢) .

اضف الى ذلك ان اتباع هذا الاسلوب يؤدى الى وضع البنك موضع البائع الفعلى للبضاعة ويتنافى ذلك الامر مع طبيعة النشاط المهنى للبنك ولا يدخل فى صميم اهتماماته . ان المركز القانونى للبائع ومسئوليته فى القانون المعاصر ، خاصة فيما يتعلق بالاضرار الناجمة عن عيوب المبيع ، ليس من شأنهما اغراء المؤسسات المالية بالدخول فى تلك العمليات القانونية التى ينحصر هدفها فى نقل ملكية البضاعة على سبيل الضمان . ويقتضى ذلك الاجراء تعديلات معينة فى العقد لصالح البنك تقيه مخاطر تحمل تبعة هلاك المبيع كمالك من جهة ومسئوليته كبائع محترف من جهة أخرى . ويخشى فى حالة اجراء هذه التعديلات النظر الى تلك العقود على انها صورية ، ولا تسرى ، بالتالى ، فى مواجهة الغير وبصفة خاصة جماعة الدائنين (٣) .

ومن ناحية أخرى يمكن ان يتعرض هذا الاسلوب القانونى الى الاتهام بأنه ينطوى على غش(٤) . ولعله من الطريف ، فى هذا المجال ،

---

(١) J. Ghestin, op. cit ., n. 41.

(٢) نفس الموضع

(٣) نفس الموضع

(٤) Cl. Witz, thèse préc. P. 530s., n. 256s.

الاشارة الى التفرقة التى يقيمها الفقه بين الغش والمهارة المسموح بها (١) . فالمهارة يسمح بها اذا كانت الوسيلة الفنية المستخدمة تعدل جوهرياً الموقف الواقعي بطريقة تؤدى الى استبعاد اعمال النص المانع أو تخلف شروط تطبيقه ، بشرط الا يكون من شأن تلك النتيجة ان تسبب صدمة للشخص العادى . أما الغش فيتمثل ، على العكس من ذلك ، فى اعاقة اعمال القاعدة القانونية بعقبة صناعية ذات طبيعة قانونية بحتة ليس لها اى تأثير على المعطيات الواقعية (٢) .

فمن المقرر أنه ، باستثناء الحالات التى ينظم فيها القانون وسيلة معينة للشهر ، يلزم لنفاذ الرهن الحيازى فى حق الغير ، انتقال حيازة الشىء المرهون الى الدائن المرتهن أو اجنبى يرتضيه الطرفان . يمكن اللجوء الى طريقة معينة ، ترتكن على استخدام عقد البيع ، لتسفر قانوناً عن ضمانة مشابهة للرهن مع بقاء المال فى حيازة المدين ولكن بشرط تميز موقف المشترى بطريقة كافية عن ذلك الخاص بمجرد دائن مرتهن . وبعبارة أخرى يمكن أن يكون هناك غش فى حالة استخدام البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية فى خلق مركز قانونى مطابق عملاً لذلك الناشىء عن عقد الرهن الحيازى الا أنه لا يخضع لاحكامه (٣) .

- موقف القضاء :

سنحت للقضاء فرصة ادانة هذه الاساليب التعاقدية بالرغم من انها ابرمت فى ظل قوانين اجنبية تسمح بصلاحيتها . قضت محكمة النقض ، بمناسبة عقد ابرم فى هولندا تم بمقتضاه نقل الملكية على

---

(١) J. Ghestin et Ghoubeaux, Traité de droit Civil,t.1,introduction générale, L.G.D.J., n. 754s.

(٢) نفس المرجع ، رقم ٧٥٨.

(٣) J. Ghestin, Reflexions..., op. cit., n.43.
وقارن Witz, thèse préc., P. 538 et s.

سبيل الضمان ، بأن الاتفاق يخفى رهناً حيازيا يقع باطلاً حيث يمتنع قيام هذا الرهن دون التخلى عن حيازة للمال المرهون (١) . شبه القضاء حوالة ملكية الاموال المنقولة ضماناً للقرض بعقد الرهن الحيازى المتضمن لشرط تملك المال المرهن ، عند عدم الوفاء بالدين الذى يحظره القانون (٢) . ومن ثم فان مثل هذا الاتفاق يقع باطلاً ولا يرتب أى أثر . لا يستند القضاء السابق الى نظرية الصورية مباشرة ولكنه يصل الى نفس النتيجة من خلال الرقابة القانونية لتكييف العقود ، حيث يتم تكييف الحوالة على سبيل الضمان بأنها رهن متضمن لشرط التملك عند الوفاء (٣) .

لم يتصور القضاء ان يشكل نقل ملكية المنقولات المادية فى ذاته تأميناً مستقلاً (٤) ، فهو يعتبر ان نقل الملكية على سبيل الضمان يعد من قبيل الرهن وذلك من خلال سلطته فى اعطاء التكييف الصحيح للعقد موضوع النزاع . ومؤدى ذلك القضاء ان نقل الملكية لا يتم الا عن طريق أحد العقود المسماه . ولا يجوز ان يتم ذلك الانتقال من خلال عقد غير مسمى . تلك النتيجة تعد أثراً طبيعياً للقضاء السابق ولو لم يعرب عنها صراحة (٥) .

ولعل السؤال الذى يطرح نفسه هو هل من شأن صدور قانون ١٢

---

(١) Civ. 1er, 3 mai,1973,R. Crit.D.I.P. 1974.100, note Mezger-R.Gen. Lois, 1974.453,obs. Droz.

(٢) Ch.des réquêtes, 24 mai 1933, D.H.1933.378-S.1935, note H.Batiffol. Civ. 8 juill. 1969,J.C.P. 1970.11.16182, note H.Gaudement-Tallon.

(٣) J. Ghestin, Reflexions,..., op. cit. n. 42.

(٤) Witz, thèse préc., n. 228, P. 466, qui Cite encore Lyon, 6 oct. 1959 et sur pourvoi, Com. 13 jan. 1965, pour de valeurs mobiliers.

(٥) نفس المرجع رقم ٢٤٤ ص٥٠٦.

مايو ١٩٨٠ وقانون ٢ يناير ١٩٨١ (١) التأثير فى هذا الموقف العدائى الواضح من قبل القضاء تجاه فكرة نقل الملكية على سبيل الضمان؟

ان تطور القضاء ، فى هذا الصدد ، يعد امراً طبيعياً نظراً لأن المشرع تبنى تلك الفكرة بوضوح ، فى القوانين المذكورة(٢) . وقد سبق ان تبنى القانون الوضعى عدة تطبيقات لهذه الفكرة ، خاصة فيما يتعلق بالحقوق والاموال المنقولة والبضاعة (٣) . ويمكن أن يؤدى تطور وذيوع تلك الاساليب التعاقدية فى العمل الى حث محكمة النقض على تغيير قضاءها كى يتوائم مع الاحتياجات التى يكشف عنها الواقع العملى .

وينبغى ، مع ذلك ، الاشارة الى ان القانون السابق ليس من شأنه وحده وبعصا سحرية أن يغير موقف القضاء مباشرة ، فلا بد من حدوث الاختلاف والتردد بين محاكم الموضوع بدوائرها ودرجاتها المختلفة . ليس من السهل الانتصار للأفكار القانونية الجديدة ، بل لا بد من التضحية ببعض الاساليب التعاقدية حتى يستقر البعض الآخر . وليس من المؤكد قبول المؤسسات مانحة الائتمان تحمل مثل هذه المخاطر ولو من اجل غاية نبيلة كهذه . وعلى أية حال فان موردى البضائع لن يضيرهم ، فى جميع الحالت ، تضمين شروطهم التعاقدية شرط الاحتفاظ بالملكية (٤) .

## المبحث السادس

## موقف محكمة النقض الفرنسية من انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية للغير

أثار موضوع نقل الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية ، كما

---

(١،٢) انظر ما سبق ص ١٩٤، وانظر فى هذا التطور نفس الموضع ، وما يلى ص ٢١٥ .

(٣) انظر موقف القانون الالمانى ما سبق ص ٦٨.

(٤) J. Ghestin, op. cit., n. 44.

عرضنا ، الكثير من الجدل بين مؤيد ومعارض وحول الوسيلة القانونية الممكنة لتحقيق ذلك الانتقال من جهة اخرى (١) .

عرض الامر على محكمة النقض ، بعد تضارب قضاء الموضوع (٢) ، فقررت ، فى حكمين لها (٣) ، امكانية هذا الانتقال عن طريق الحلول ، فالشخص الذى يحل محل الدائن يمكنه استخدام كل الدعاوى المقررة له والمرتبطة بالحق قبل الوفاء به . مؤدى ذلك ان الممول الذى يقوم بالوفاء بثمن البضاعة ، سواء بالاتفاق مع البائع أم بالاتفاق مع المشترى ، يحل محل الاول فى حقه قبل الثانى . ويرد الحلول على اصل الحق والدعاوى المرتبطة به بما فى ذلك دعوى استرداد البضاعة المحتفظ بملكيتها ، ولا مجال للتفرقة ، فى حالة افلاس المشترى ، بين ما اذا كان طلب استرداد البضاعة قد تم تقديمه من البائع أو الغير الذى حل محله فى حقوقه .

تقرر المحكمة بأن الملكية المحتفظ بها تعد من ملحقات الحق فى الثمن ، وهى تعد ضمانة له ، وتنتقل معه ، بهذا الوصف ، بقوة القانون ، اعمالاً لمبدأ تبعية الملحق للأصل . ويترتب على ذلك ان البنك المحال إليه الحق فى الثمن يستفيد تلقائياً بشرط الاحتفاظ بالملكية الضامن له سواء تمت حوالة الحق طبقاً لقانون ديلى (٤) أو كمقابل وفاء الكمبيالة موضوع الخصم .

يتعلق الحكم الاول ببيع سيارة تم اقتراض جزء من ثمنها وحل المقرض محل البائع فى حقوقه ، وبصفة خاصة فى الاستفادة من

---

(١) E. du Pontavice, Intérêts et Limites de la Clause de reserve de propriéré depuis la loi du 12 mai 1980, R.Banque, 1982, triage à part, P. 79.

(٢) A. GHozi, Nature juridique et transmissibilité de la Clause de reserve de propriété,D. 1986, P.317.
Mousseron et Pérochon , la nouvelle reserve de propriété., R. franc. de Compt., jan. 1981 ,P.10.

(٣) Com. 15 mars 1988, D. 1988, I.R. 94.

(٤) انظر ما سبق ص١٩٤.

شرط الاحتفاظ بالملكية المنصوص عليه فى العقد . بعد افلاس المشترى قامت شركة تأمين بتعويض المقرض وحلت محله فى حقه قبل المفلس بكل ما يتولد عن هذا الحق من « حقوق وامتيازات وضمانات » . طلبت الشركة المؤمنة ، استناداً الى شرط الاحتفاظ بالملكية ، من السنديك استرداد السيارة . أقرت حكمة الاستئناف هذا الطلب . طعن السنديك على الحكم بالنقض استنادا الى ان الحلول ليس وسيلة لنقل الملكية ومن ثم فان المؤمن لم يصبح مالكاً للسيارة وليس من حقه التمسك بشرط الاحتفاظ بالملكية . رفضت محكمة النقض الطعن وقررت ان الحلول الاتفاقى ينقل الحق الاصلى ، الى الدائن الجديد ، بكل مزاياه وتوابعه . وتضيف بأن شرط الاحتفاظ بالملكية يرتبط بحق الثمن ويخصص لخدمته وحده بهدف ضمان الوفاء به . ومن ثم يكون الحكم المطعــون عليه قد أصاب صحيح القانون .

يتعلق الحكم الثانى بقرض خصص لدفع جزء من ثم شراء سيارتين . حل المقرض محل البائع فى كل حقوقه ودعاويه قبل المشترى بما فى ذلك دعوى الاسترداد المستندة الى شرط الاحتفاظ بالملكية . طعن السنديك بالنقض على حكم الاستئناف الصادر بهذا المعنى أى القاضى بصحة الحلول . استند السنديك الى ان دفع المقرض للثمن ادى الى نقل ملكية السيارتين الى المشترى وليس للمقرض ومن ثم ليس للاخير طلب استردادهما ، أضف الى ذلك ان المقرض لم يدفع سوى جزء من الثمن ومن ثم ليس له التمسك بشرط الاحتفاظ بالملكية . رفضت محكمة النقض الطعن مقررة ان للمقرض حل محل البائع فى حقوقه ودعاواه قبل المشترى بما فى ذلك دعوى الاسترداد . ونظراً لأن الاسترداد يتعلق بشىء معين بالذات فان الالتزام بالرد لا يقبل التجزئة . ومن ثم فان القضاء برد السيارتين للمقرض يكون صحيحاً .

ينطوى هذا القضاء على تعضيد مركز الموفى الذى ينبغى ان

يتزود بأكبر قدر من الضمانات التي تمكنه من استيفاء حقه ، وتشمل الحقوق والدعاوى التي تنتقل اليه مع الحق الاصلي ، بما في ذلك ملحقات الحق كالرهن والكفالة ودعاوى الضمان والفسخ والمسئولية التقصيرية (١) .

والواقع انه مع التحفظ الخاص ببعض الحقوق ذات الطابع الشخصي ، فان الوفاء مع الحلول له اثر ناقل بعيد المدى (٢) . لذا استقر القضاء على انتقال دعوى الاسترداد المبنية على شرط الاحتفاظ بالملكية الى الموفى حتى ولو كانت هذه الدعوى مستقلة عن دعوى فسخ البيع (٣). ولعله من الصعب تصور عدم انتقال دعوى الاسترداد للموفي لأن من شأن ذلك وضع المشترى فى موضع متناقض ، فقد يقوم البائع بطلب استرداد البضاعة ، ويقوم الموفى ، الذى حل محله فى الثمن ، فى ذات الوقت ، بطلب الوفاء به ، فيتساءل المشترى حول أى الطلبين واجب الوفاء (٤) .

ويثور التساؤل حول ما اذا كان من الممكن اعمال هذا القضاء ، الصادر بشأن الوفاء مع الحلول ، فى حالة حوالة الحق .

يجيب الفقه بالايجاب أمام عموم المبدأ الذى أرسته محكمة

---

(١) انظر على سبيل المثال :

Civ. 9 déc. 1863, D.P. 1864.1.299- 1er, 7 déc.1983,. Bull. Civ.1,n.291.

(٢) Ponsard et Blondel, in Rep. Dalloz de droit Civil, V. subrogation, n. 170s.

J. Mestre , La subrogation personnelle, op. cit., n.436 s.

(٣) Com. 1er oct. 1985, Bull. Civ., IV, n.222,D. 1986,P.246, note M. Cabrillac.

(٤) F. Derrida, obs., D. 1986.I.R., P. 169.

الناقض(١) . فهى تقرر بأن الوفاء مع الحلول ينقل الحق الاصلى بكل مزاياه وملحقاته (٢) . لم يرد هنا المصطلح الاخير فى المادة ١/١٢٥٠ من التقنين المدنى الفرنسى التى تتكلم عن انتقال الحقوق والدعاوى والامتيازات والرهون للموفى ، ويمثل ذلك اهمية خاصة بالنسبة لمسألة حوالة الحق حيث تقض المادة ١٦٩٢ صراحة بأن حوالة الحق تشمل ملحقاته كالكفالة والامتياز والرهن . فاذا قلنا بأن شرط الاحتفاظ بالملكية يعد من ملحقات الحق فى الثمن ، فانه يجوز للبنك المحال اليه هذا الحق الاستفادة من الشرط المذكور . ويقع ذلك غالباً بمناسبة التنازل عن الحق فى الثمن طبقاً لقانون ديلى(٣) ، او بمناسبة عملية خصم الكمبيالة المتضمنة لثمن البضاعة ، حيث يقوم البائع بتظهير الورقة التجارية ، التى حررها المشترى بالثمن ، الى البنك قبل ميعاد الاستحقاق ويحصل على قيمتها بعد استنزال عمولة البنك (٤).

يتشكك البعض فى النتيجة السابقة أمام التفرقة الدقيقة التى تقيمها بعض الاحكام بين الحقوق الناتجة عن الكمبيالة التى بيد الخاصم والحقوق الناتجة عن عقد بيع لا يخصه (٥) . وبناء عليه ، فانه رغم تعبير القضاء عن شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه من ملحقات الثمن ، يخشى عدم تطبيق الحلول الصادرة بشأن الحلول الاتفاقى ، على حوالة الحق(٦) ، ولا نشارك الفقه هذه الخشية أمام التطور

---

(١) M. Carbillac, les accessoires de la Créance in Melanages WEill, P.107.

(٢) Com. 15 mars 1988, op. cit, qui précise que :" La subrogation transmet la Créance primitive et tous ses avantages et accessoires".

(٣) انظر ماسبق ص ١٩٤.

(٤) Vasseur , obs. D. 1986, I.R., 325 - Derrid, obs.D. 1986, I.R., 173.

(٥) Roblot , Les effets de Commerce , Sirey, 1975, n. 281 .

(٦) M. Cabrillac, op. cit.

الملحوظ للقضاء الفرنسى أثر التطور التشريعى الحديث سواء فيما يتعلق بنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الغير أو بجعل الديون الحاضرة والمستقبلة اداة ائتمان تأثراً بالقانون الالمانى (١) والاتجاه العام فى القوانين الاوروبيه فى طريقها للتوحيد .

## المبحث السابع

## وضع المسألة فى القانون المصرى

ان موضوع نقل الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية للغير لا يثير أهمية كبيرة فى القانون المصرى بسبب ضعف هذا الشرط أصلاً ، فهو ، كما سبق ورأينا لا يسرى فى مواجهة جماعة دائنى المشترى للفلس ، ويفقد ، بالتالى ، الكثير من فعاليته كأداة لضمان الوفاء بالثمن (٢). ولعل المجال الباقى لاعمال الشرط المذكور هو حالة تقاعس المشترى غير المفلس عن الدفع . ان مثل هذا المشترى ، يكون ، فى الغالب ، سيء النية ، ومن ثم فهو يعمل على اهدار حق البائع فى استرداد البضاعة ، من خلال التصرف فيها للغير حسن النية الذى يكتسب ملكيتها استناداً الى قاعدة الحيازة فى المنقول (٣). وبناءاً عليه فان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يمثل ، فى ذاته ، بالنسبة للغير ، ضمانة قوية تغريه بقبول التعاقد على الحق فى الثمن عن طريق الحوالة أو الحلول .

وعلى أية حال فانه فى الفرض الذى تثور فيه مسألة انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية ، فان نصوص القانون المدنى تسمح بالاخذ بالحلول الحديثة فى القانون الفرنسى . بل ان هذه النصوص تتسم بالمرونة والطابع الرضائى حيث تنعدم فيها الشكلية الموجودة فى القانون المدنى الفرنسى والتى وقفت ، لمدة طويلة ، عقبة أمام تطور الفقه والقضاء بصدد موضوع البحث .

---

(١) انظر فى مدلول ذلك التطور وأهميته ما سبق ص ٧٤ ، ١٩٤.

(٣،٢) انظر ما سبق ص ١٧٠ .

ففيما يتعلق بالوفاء مع الحلول تقضي المادة ٣٢٩ بأن « من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات » ، ولا شك ان شرط الاحتفاظ بالملكية يعد من توابع الحق في الثمن ، ومن ثم فهو ينتقل معه الى الموفي . ونفس الحكم في حالة الحوالة حيث تنص المادة ٣٠٧ على ان حوالة الحق تشمل ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن .... » ، فالنص لم يذكر الضمانات على سبيل الحصر بل على سبيل المثال (١) . ويعد شرط الاحتفاظ بالملكية ضمانة مقررة للوفاء بالحق في الثمن ، ومن ثم ينتقل الشرط معه الى المحال اليه . وتؤكد محكمتنا العليا المبدأ السابق بقولها « بأن الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحيل الى المحال له بصفاته ودفوعه ، كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوى التي تؤكده »(٢) . ولا يعفى ذلك بطبيعة الحال المشرع من وجوب التدخل بالنصوص اللازمة لتعضيد شرط الاحتفاظ بالملكية ليؤدي دوره اللازم على صعيد الائتمان وازدهار النشاط التجاري(٣) .

---

(١) السنهوري جـ ٣ فقرة ٢٧٥ .

(٢) نقض ١٩٧٥/١/٢٧ س٢٦ ص٢٥٧ ، ١٩٧٨/٥/١٦ المجموعة س٢٩ ص١٢٦١، ١٩٨٤/٥/٣٠ طعن ١٣١٣ س٥٠ق ( مجموعة البناوي ص٢١٨ رقم ١٢ ) . وقد ورد فيه : يترتب على الحوالة انتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة بما له من ضمانات وتوابع ، فيكون للمحال له أن يحل محل المحيل في مباشرة دعاوى الحق المحال به واجراءات استيفائه .....» .

(٣) انظر ما يلي ص ٢٩٨ .

## الباب الثالث

# الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية

ان محاولة التعرف على الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية مسألة تتسم بالكثير من الغموض والتعقيد ، حيث تعددت الاتجاهات وتضاربت الاقوال دون الوصول الى نتيجة حاسمة فى هذا الشأن . ويرجع ذلك الى رغبة كل فريق فى ادخال الشرط المذكور داخل اطار محدد لاحد الانظمة القانونية المتعارف عليها دون الاخذ فى الاعتبار تعدد وتباين صورة العملية الناجمة عن طبيعة المعاملات التجارية ، للمجال الغالب لاعماله ، وما تتسم به من سرعة ومرونة وما تقتضيه من تجاوب كامل مع مبدأ الحرية التعاقدية

تتباين الاتجاهات فى هذا الصدد بين فكرتى الشرط والاجل . يرى البعض فى البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية بيعاً مضافاً الى أجل واقف . وينقسم الآخرون حول فكرة الشرط بين : بيع معلق على شرط واقف ، بيع معلق على شرط فاسخ ، بيع بات مقترن بشرط فاسخ ، بيع بات علق فيه انتقال الملكية فقط على دفع كامل الثمن (١)

لعل ذلك الخلاف الحاد فى الفقه الفرنسى (٢) كان الدافع وراء محاولة التعرف على حكم المسألة فى القانون الالمانى من جهة وتحرى موقف المشرع الفرنسى الحديث ومحكمة النقض منها من جهة أخرى وحكم المسألة فى القانون المصرى من جهة ثالثة .

لعله من المناسب فى هذا المقام ، البدء بعرض الاتجاهات الفقهية المختلفة وموقف القضاء الفرنسى فى الموضوع قبل تناوله فى القانون الوضعى أى فى التشريعات الثلاثة .

---

(١) Ghestin, Pédamon et autres auteurs, rapports au 11leme Congrès de l'Anc. , Cahiers de droit de l'entreprise 1980.
Ch. Atias, Le transfert Conventionnel de propriété immobilière, thèse, Poitiers, 1974.

(٢) A. de Martel-Tribes, Les clauses de réserve de propriété : deux enseignements tirés d'un échec,J.C.P. 1977.1.2875.
M.Jacquot, La Clause de réserve de propriété, l'actualité fiduciaire, 1980, P. 3.

# الفصل الأول

## الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية

## في الفقه والقضاء الفرنسي

نعرض للاتجاهات الفقهية المختلفةبصدد تحديد الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ، ويبين من خلالها تردد القضاء الفرنسى بينها ثم استقرار محكمة النقض على تبنى لحدى النظريات المطروحة فى هذا المقام. وتتمثل تلك الاتجاهات فى اعتبار البيع مع الاحتفاظ بالملكية : بيع معلق على شرط واقف ، بيع معلق على شرط فاسخ ، بيع مقترن بشرط فاسخ ، بيع علق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن ( موقف محكمة النقض ) ، بيع مضاف الى أجل واقف ، اختلاف الطبيعة القانونية للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ونعرض لتلك الاتجاهات على التوالى فى المباحث الآتية .

# المبحث الأول

## بيع معلق علي شرط واقف

مفاد هذه النظرية ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف يتمثل فى وفاء المشترى بالثمن (١) . فشرط الوفاء بالثمن هو شرط واقف يتوقف على تحققه وجود البيع ذاته ولا ينعقد البيع قبل الوفاء بالثمن ، ويظل البائع مالكاً للمبيع . ولا تنتقل الملكية للمشترى قبل الوفاء بكامل الثمن (٢) .

ويخفف الاثر الرجعي للشرط من حدة هذه النتيجة حيث يترتب على تحققه ( دفع الثمن ) اعتبار المشترى مالكاً للبضاعة منذ لحظة ابرام العقد . ويكون المشترى ، قبل تحقق الشرط ، مجرد صاحب حق احتمالى او شرطى (٣) . وتثور الصعوبة الحقيقية بصدد تحديد نطاق سلطاته على البضاعة التى سلمت اليه ويضع يده عليها دون أن يكون مالكاً او حتى حائزاً لها نظراً لتخلف الركن المعنوى للحيازة اى توافر نية التملك او الاعتقاد بحسن نية بأنه مالك (٤) .

تتميز هذه النظرة بأنها تصلح سنداً لنتيجتين عمليتين هما :

**أولاً** : لا يستطيع البائع التصرف فى المبيع فى مرحلة التعليق اى خلال الفترة المحددة لدفع الثمن ، فليس للمدين تحت شرط واقف ان يقوم بأى عمل من شأنه أن يعوق الدائن من اســـتعمال حقه عند تحقق

---

(١) وهذا هو الاتجاه السابق للقضاء الفرنسى . انظر على سبيل المثال :
Réq. 21 juill. 1897, D.P. 1897.1.269- Toulouse 19 oct. 1960, D. 1962, P. 96, note Breau - Paris 3 juill . 1968, J.C.P. 1969.11.15820 note Guérin.

(٢) Derrida , op. cit. n. 13.

(٣) J.M. Verdier, Les droits évenruels : Contribution à l'étude de la formation successive des droits, thèse, Paris, 1955.
Buffelan-Lancore, Rép . Civ., 2eme., V Condition , n.77.

(٤) انظر ما سبق ص٧٩.

الشـرط . ومن المقرر انه اذا تحـقق الشرط اسـتند أثره الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام (١) ، ومن ثم يترتب على الوفاء انعـقاد العقد وترتيب آثاره بأثر رجـعى ، أى منذ يـوم ابرامـه مـعلقاً عـلى شـرط . ويصـبح المشـترى مالكاً للمبـيع منذ ذلك الحين . ويسأل البائع عن تبديد المبيع قبل تحقق الشـرط (٢) .

ثانياً : يتـحمل البـائع تبعة هلاك المبيع فى مـرحلة التعليق حيث تقـضى المادة ١١٨٢ فـرنسى بأن يتـحـمل المدين تـبعـة هـلاك الشىء موضـوع الاتفـاق المعلق على شرط واقف لانه لا يلتزم بتسليمه الا بعد تحقق الشـرط (٣) .

تعرضت هذه النظرية ، مع ذلك ، لعدة انتقادات اهمها :

أولاً : ان الشـرط الـواقف بحـسب تعـريفه كوصـف ارادى يلحق الالتـزام يتـوقف على تحـقـقه وجـود الالتـزام ذاته . ومن المشكوك فـيه تماماً فى القانون الوضـعى الفـرنسى الحالى النظر الى نقل الملكية على انه التـزام ، حـيث يـفـتـرض ذلك ، فى الواقع ، امكـانيـة عـدم تنفـيـذه وبالتـالى توقـيع الجزاء بالرغـم من أن التنفيذ يظل ممكناً . بينما يعد نقل الملكيـة ، فى القـانون المدنى الفـرنسـى ، اثراً قـانونيـاً محـضـاً لعقـد البيع . ويتـحقق هذا الاثر بطريقة آلية مطلقة (٤) .

---

(١) م ٢٧٠ مدنى مصرى ، م ١١٧٩ مدنى فرنسى .

(٢) السنهورى جـ ٣ فقرة ٣٠.

(٣) ويرى استاذنا السنهورى اجراء نفس الحكم فى القانون المصرى ، جـ ٤ فقرة ٩٣ . وانظر عرضنا للمسألة ما سبق ص ٩٢.

(٤) Ch. Atias, op. cit., n. 47- Martel- Tribes, op. cit., n. 9.
Planiol et Ripert, T.X. par Hamel, n.9.
H.L., et J. Mazeaud, op. cit., T. II,n. 1617- T 111, n. 899.
ونفس الحكم فى القـانون المصـرى حيث يؤدى البـيع الى نقل مـلـكية المبـيع الى المشـترى . وان كان الفـقه يرى ان هذا الانتـقال لا يتم مـباشـرة ، حـيث ينشىء البيع التزاماً على عاتق البائع بنقل الملكية الى المشترى ، ينفـذ هذا الالتزام فى الاصـل ، بقوة القانون بمجرد العقد ، ويعلق تنفـيذه ، احياناً ، على اجراء معين كالافراز أو التسجيل .
السنهورى جـ ٤ فقرة ٢٣٣.

ثانياً : لا يمكن القول بأن الوفاء بالثمن ، وهو التزام رئيسى ناتج عن عقد البيع ، يعد شرطاً لانعقاده (١) . يؤدى هذا التناقض الى مسخ ارادة الاطراف التى تتجه فقط الى تحصين البائع ضد عدم تنفيذ البيع (٢) . ولا يجوز لختيار تنفيذ احد الالتزامات الرئيسية للعقد ، وهو الوفاء بالثمن ، ليكون شرطاً لصحة ذات العقد (٣) .

ويرى أصحاب النظرية السابقة عدم صحة هذا النقد لانه ليس من المستبعد تماماً ، فى القانون الوضعى ، أن يكون تنفيذ التزام احد الاطراف فى ذات الوقت ، شرطاً لصحة تكوين العقد . فعقد القرض ، مثلاً ، عقد عينى لا يتم الا بتسليم مبلغ النقود(٤) . ومن ثم فان صحة انشاء القرض تتوقف بالضرورة على تنفيذ احد الطرفين لالتزامه . حقاً يوجد ، فى هذه الحالة ، عقدان متتاليان . ولكن الوعد بالقرض الملزم للجانبين يتميز بصعوبة عن القرض ذاته . ويبدو ذلك بوضوح فى حالة البيع ، فطبقاً للمادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى ، الوعد بالبيع يعدل البيع فى حالة التراضى على المبيع والثمن (٥) .

وينبغى ، مع ذلك ، الاشارة الى قضاء النقض الحديث بصدد البيع

---

(١) Marty et Raynaud, T.11, Les obligations, P. 758.

(٢) A. de Martel-Tribes, op. cit., n. 5.

(٣) D. Von Breitenstein, obs., R.T.D.Com. 1980.47, n.4.

(٤) Civ. 1er, 12 juill 1977, Bull. Civ.1, n.330- J. Ghestin, Traité de droit Civil, J.2, Le contrat, 1980, n. 339.

كان هذا هو الحكم فى التقنين المدنى المصرى القديم . عدل التقنين الحالى عن ذلك وأصبح عقد القرض رضائياً . لعل العقد العينى الوحيد المتبقى هو هبة المنقول . السنهورى جـ ١ فقرة ٤٩.

ومن المعروف ان الرأى الراجح يرى فى تسليم الشىء ، كسمة مميزة للعقد العينى ، التصرف الاول لتنفيذ عقد ملزم للجانبين ، يعد الوعد بالقرض تطبيقاً تقليدياً له .

J. Ghestin, op. cit., n. 341.

(٥) وهذا ما يجرى عليه الفقه والقضاء فى مصر . السنهورى جـ ٤ ص ١٠٠ والقضاء المشار اليه .

العقارى ، حيث يميز بوضوح بين الآثار الناتجة عن مجرد وعد بالبيع ملزم للجانبين والآثار الناتجة عن البيع ذاته : « ان الوعد ببيع عقار الملزم للجانبين والمعلق على شرط واقف لا ينقل للمستفيد منه أى حق عقارى على العين . ويكون التزام الواعد ، قبل تحقق الشرط ، بالرغم من تعلقه بعقار، مجرد التزام بعمل لا يتولد عنه ، بالنسبة للمستفيد منه ، سوى حقاً منقولاً (١) .

يمكن ، على ضوء ذلك القضاء ، ان نوجد أمام حلين ، متميزين عن مجرد الشرط المؤخر لنقل الملكية ، يقتضى كل منهما تعليق هذا الانتقال ، على الوفاء بكامل الثمن . يمكن ان نوجد ، أولاً بصدد بيع نهائى يتوقف تنفيذه على شرط واقف أو حلول أجل معين . وهذا هو التحليل التقليدى للوعد بالبيع الملزم للجانبين (٢). ويمكن ان نوجد ، ثانياً ، أمام بيع يتأخر اتمامه الى حين الوفاء بكامل الثمن . وهذا هو الوعد بالبيع الملزم للجانبين بالمعنى الضيق للكلمة(٣) . يتولد عن هذا الوعد ، طبقاً لقضاء النقض السابق ، مجرد التزام بابرام عقد البيع ، ولا ينتج عنه أى حق ملكية للمستفيد ، وهو لا يتناقض مع تسليم البضاعة الذى يعد عملية مادية بحتة(٤) .

ثالثاً : تعجز النظرية القائلة بأن البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف ، عن تفسير أساس التزام البائع

---

(١) Civ. 1er, 30 avr. 1970, Bull. Civ.1, n.148

يتعلق الحكم ببيع عدة أراضى بثمن مقسط ، ويتوقف اتمام البيع والنقل النهائى للملكية على دفع كامل الثمن وتحرير العقد الرسمى .

Civ. 3eme, 2 avr. 1979, J.C.P., éd.not. 1980.11.97

(٢) Aubry et Rau, t.5,$ 769- Ripert et Boulanger, T.2, n. 2414.

(٣) L.Boyer, Rep. Civ., 2eme éd., V. Promesse de Vente, n. 173-J.Ghestin, Le Contrat, op. cit., n. 238,239.

(٤) J. Ghestin, Reflexions..., op. cit., n. 19.

بالتسليم ، ذلك انه ، فى الواقع ، لا يوجد أى التزام بالتسليم قبل تحقق الشرط الواقف الذى علق عليه البيع ، بل ان اعمال قواعد البيع يؤدى الى عدم الزام البائع بتسليم المبيع طالما لم يدفع المشترى الثمن المستحق الاداء (١) .

**رابعاً :** يظل المبيع ، فى البيع المعلق على شرط واقف ، ضمن عناصر الذمة المالية للبائع طالما لم يتحقق الشرط ( عدم دفع الثمن ) . ولا تتفق تلك النتيجة ، فى أغلب احوال البيع مع الاحتفاظ بالملكية ، مع ارادة الاطراف . بل ان قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الفرنسى تقوم أحكامه على عكس ذلك أى على فرض انتقال المبيع من ذمة البائع الى ذمة المشترى (٢) .

**خامساً :** يقوم البائع ، رغم احتفاظه بملكية المبيع ، بتسليمه للمشترى دون تقييد حقه ، غالباً ، فى استعماله أو التصرف فيه . فاذا قلنا بأن هذا البيع معلق على شرط واقف ، فما هو الاساس الذى يقوم عليه هذا الحق ؟ أى ان هذه النظرية لا تصلح لتبرير الاساس الذى يستند اليه المشترى فى التصرف واستعمال المبيع رغم عدم انعقاد البيع (٣)

**سادساً :** يرفض الفقه دائماً القول بأن عدم تنفيذ أحد طرفى العقد لالتزاماته يعد شرطاً واقفاً لانعقاد العقد ذاته لان عدم التنفيذ يخول ، ببساطة ، الطرف الآخر الامتناع بدوره عن تنفيذ التزاماته ، ومن ثم فان تنفيذ العقد يكون ، فى هذه الحالة ، خاضعاً لمطلق ارادة أحد طرفيه ، أى ان العقد يكون معلقاً على شرط ارادى محض (٤) .

---

(١) م. ١٦١٢ مدنى فرنسى ، م ٤٥٩ مدنى مصرى .

(٢) انظر ما سبق ص ٨٢.

(٣) انظر ما سبق ص ٨٢ .

(٤) Condition purement protestive .

وهذا أمر يحظره القانون صراحة(١) . ومن المقرر ان المشترى فى البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية يلتزم دائماً بدفع الثمن . ويكون للبائع الحق فى اقتضاء الوفاء به . وله ايضاً حق طلب الفسخ عند تخلف المشترى عن الوفاء .

لكل تلك الاسباب لم تحظ النظرية السابقة بقبول الاتجاه العام فى الفقه والقضاء(٢) .

---

(١) م ٢٦٧ مدنى مصرى ، م ١١٧٤ مدنى فرنسى

(٢) H.,L. et J. Mazeaud, T. 111, n. 922

وانظر فى موقف القضاء ما يلى ص ٢٣٣.

وانظر فى عرض الانتقادات السابقة :

Rapport du Roure à la Conférence générale des Tribunaux de Commerce à Versailles de nov. 1980, Petites affiches, 12 janv. 1981.

## المبحث الثانى
## بيع معلق علي شرط فاسخ

مفاد هذه النظرية ان البيع مع الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن فى الميعاد المتفق عليه فى العقد . تنتقل ملكية البضاعة ، طبقاً للقواعد العامه ، الى المشترى ، معلقة على شرط فاسخ ، منذ انعقاد البيع (١) . يتملك المشترى المبيع ملكية تامة إلا أن حقه يظل مهدداً بالزوال ومن ثم يستطيع التصرف فيه بهذا الوصف . واذا لم يف المشترى بالثمن فى الميعاد المحدد تحقق الشرط الفاسخ ويزول البيع بأثر رجعى بقوة القانون دون حاجة الى حكم أو اعذار . وتعود ملكية المبيع ، التى انتقلت الى المشترى بالتعاقد، الى البائع بأثر رجعى بمجرد التخلف عن الوفاء بالثمن(٢) .

مؤدى ذلك ان الملكية تنتقل الى المشترى ثم تعود مرة أخرى الى البائع من جديد . ويخفف من تلك النتائج ، دون استبعادها كلية ، فكرة الاثر الرجعى للشرط . فالبائع الذى لم يستوف ، فى البداية ، حقه فى الثمن يظل كما لو لم تزول عنه قط صفة المالك للشىء المبيع ، الا ان تبعة هلاكه تقع ، فى هذه الحالة ، على عاتق المشترى (٣) .

لقد كان هذا هو الرأى الراجح فى الفقه قبل صدور قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الفرنسى (٤). وذهب القضاء أيضاً فى نفس الاتجاه (٥) .

---

(١) م. ١٥٨٤ مدنى فرنسى ، م ٢٦٩ ، ٢٧٠ مدنى مصرى .

(٢) السنهورى جـ ٤ ، فقرة ٩٢.

(٣) انظر ما سبق ص ٨٩.

(٤) Annick de Martel - Tribes, J.C.P. 1977.2875.

(٥) Civ. 22 oct. 1934,D.P. 1934.1.151 note J.Vandamme, S. 1935.1.337, note Esmein, Amiens 10 jan. 1974,D.1974.363,R.T.d.Com. 1975.166, obs.J. Hémard-T.G. inst. Valenciennes 30 nov. 1956. Gaz.PAl. 1957.1.461.

لا شك ان هذه النظرية تفسر سلطات المشترى على الشىء المبيع حيث يمكنه ، عملاً ، استعماله والتصرف فيه ، الا انها لا تتفق مع ارادة الاطراف ولا مع قصد المشرع ، ذلك ان نقل الملكية ذاته يكون موقوفاً ، طبقاً لصريح الاتفاق والنص القانونى ، على استيفاء الثمن (١)

أضف الى ذلك انه لا يمكن قبول القول بأن دفع الثمن ، وهو أحد الالتزامات الرئيسية للعقد ، يكون فى ذات الوقت شرطاً لانعقاده(٢) . ويثير الاخذ ، فى هذا المجال ، بفكرة الشرط بالمعنى الفنى الدقيق ، فاسخاً كان أم واقفاً ، اعتراضاً جوهرياً يتمثل فى انه من المشكوك فيه تماماً امكانية صياغة تنفيذ الالتزام الرئيسى للمشترى فى صورة شرط بالمعنى الفنى لهذه الكلمة . فالشرط يعتبر فى الواقع واقعة خارجة عن ارادة الاطراف بينما يتوقف تنفيذ العقد ، بداهة ، وخاصة دفع الثمن ، على ارادة المشترى ، فى حالة التنفيذ الاختيارى ، وعلى ارادة البائع فى حالة التنفيذ الجبرى . وعلى أية حال فان الامر يتوقف على ارادة الطرفين (٣)

وقد سبق ان قرر فقهاء القرن التاسع عشر ، بمناسبة التعرض لصحة شرط الاحتفاظ بالملكية ، ان الصفة المباشرة لنقل الملكية ليست من جوهر عقد البيع بل من طبيعته فقط ، وانتهوا ، بلا تردد ، الى انه يجوز للاطراف الاتفاق على ارجاء هذا الانتقال . وانحصر النقاش فقط فى الصفة المباشرة لنقل الملكية ، اما الانتقال فى ذاته ، كهدف ضرورى ونهائى من العملية ، فلم يكن مطلقاً محل نقاش . فالامر لم يتعلق سوى بمجرد تأخير أو بعبارة أخرى بأجل(٤). ان

---

(١) A.de Martel-Tribes, op. cit., n. 5.

(٢) J. Vandamme, note pécitée.

وانظر فى الرد على هذا النقد ما ذكرناه سابقاً ص ٢٢٣.

(٣) J. Ghestin, Reflexions...., op. cit., n. 13.

(٤) Ch. Atias, op. cit., n. 48.

اعتبار نقل الملكية مجرد نتيجة محتملة للبيع أمر يصعب توافقه مع مفهوم عقد البيع ذاته (١) .

وأخيراً فان اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية بمثابة شرط فاسخ لعقد البيع يتناقض مع روح الشرط ذاتها لان هذا التكييف ليس من شأنه حفظ الملكية بل نقلها للمشترى ثم اعادة نقلها للبائع فى حالة الفسخ (٢) .

---

(١) J.Ghestin, op. cit.

وتكشف الاعمال التحضيرية لقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ عن حرص المشرع الفرنسى على عدم اهدار أى من قانون الالتزامات أو البيع وبصفة خاصة حكم المادة ١٥٨٣ مدنى المقررة لنقل ملكية المبيع بمجرد التراضى .

Mourot, secrétaire d'Etat, Sénat, Séance 11 déc. 1979,J.O.P. 5325.

(٢) A. de Martel-Tribes, op. cit.

## المبحث الثالث

## بيع مقترن بشرط فاسخ صريح

يرى أصحاب هذه النظرية أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع بات يقترن بشرط فاسخ صريح يحتفظ به البائع كشرط جزائى يتمكن عن طريقه من فسخ العقد فى حالة اخلال المشترى بالتزامه بالوفاء بالثمن (١) . مؤدى ذلك ان شرط الاحتفاظ بالملكية هو فى حقيقته شرط فاسخ صريح .

يختلف الشرط هنا كجزاء يوقعه البائع على المشترى المتقاعس عن تنفيذ التزامه عن الشرط الفاسخ كوصف يعلق عليه البيع ، طبقاً للاتجاه السابق (٢) ، حيث يؤدى تحقق الشرط الاخير الى زوال عقد البيع بأثر رجعى بقوة القانون دون أن يكون لارادة الاطراف دخل فى ذلك ، أما عن الشرط الأول فيتوقف اعماله على ارادة الدائن به أى البائع (٣).

ووجود الشرط الفاسخ الصريح فى العقد لا يمنع من انعقاده باتاً صحيحاً مرتباً آثاره بما فى ذلك نقل الملكية حيث يتنتقل مباشرة من البائع الى المشترى ، فى بيع المنقول المعين بالذات ، بمجرد العقد . واذا تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن انفسخ البيع ، بناء على رغبة البائع ، دون حاجة الى حكم . وتعود اليه ملكية المبيع ويمكنه بالتالى طلب استرداده . وهو لا يلتزم آنذاك باعادة اقساط الثمن التى قبضها حيث تكون مستحقة ، طبقاً للاتفاق ، كشرط جزائى تعويضاً عن الاضرار التى حلت به بسبب الفسخ (٤).

---

(١) Y. Demoures, op. cit., n. 39.

(٢) انظر ما سبق ص ٢٢٧.

(٣) انظر بحثنا « دور القاضى ازاء الشرط الصريح الفاسخ » .

(٤) مع احقية القاضى ، بطبيعة الحال ، فى تعديل التعويض بالقدر الذى يتناسب مع الضرر الفعلى ( م ١١٥٢ مدنى فرنسى ، م٢٢٤ مصرى) .

تصلح هذه النظرية لتفسير حق المشترى فى الاستعمال والتصرف فى المبيع فى الفترة من وقت تسليمه الى وقت حلول لجل الوفاء بالثمن ، حيث يكون للمشترى ، كمالك للمبيع فى هذه الفترة ، كل السلطات التى يخولها له حق الملكية عليه . وتصلح النظرية كذلك فى تفسير التزام البائع بتسليم المبيع بالرغم من عدم استيفائه للثمن حيث يمنح المشترى اجلاً للوفاء به . الا ان البائع يفرض عليه ، فى ذات الوقت ، قيوداً تتعلق بسلطته فى استعمال المبيع والتصرف فيه من شأنها ان تضمن له عودة المبيع بحالته المرجوة اليه فى حالة فسخ البيع (١) . وتصلح هذه النظرية لخيراً لتفسير الكيفية التى تنتقل بها الملكية من البائع الى المشترى وتحمل الاخير ، بالتالى ، تبعة هلاك المبيع التى ترتبط بالملكية(٢).

ويؤخذ على هذا الاتجاه مخالفته لروح التشريع وقصد المتعاقدين ، فليس من شأن هذا التكييف حفظ الملكية للبائع بل نقلها للمشترى ثم اعادة نقلها للبائع فى حالة الفسخ (٣) . ومن الصعب اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية بمثابة شرط فاسخ صريح لاختلاف طبيعة وهدف كل منهما . حقاً ان بعض المحاكم اجرت بعض احكام الشرط الثانى على الشرط الاول ، الا انها احتفظت ، مع ذلك ، بالتفرقة بينهما(٤) . لذا جاءت محكمة النقض لتقرر صراحة انه لا يمكن تفسير شرط الاحتفاظ بالملكية على انه شرط فاسخ لان الشرط المذكور يقضى صراحة وبوضوح بتعليق نقل الملكية فقط على الوفاء بالثمن (٥) .

---

(١) Y. Demoures, op. cit., n. 40s.

(٢) فى القانون الفرنسى ، انظر حكم القانون المصرى ، ما سبق ص٩١ .

(٣) A. de martel - Tribes, op. cit.

(٤) Réq. 1er avr. 1936, D.4 1936. 281 - Colmar 25 mars 1950 (Cité par Y. Demoures, op. cit , n. 43), 14 oct. 1977, R.T.D. Com. 1980. 43 obs. D. Von Breitenstein.

(٥) انظر ما يلى ص٢٣٢ .

## المبحث الرابع

## بيع معلق فيه انتقال الملكية علي الوفاء بكامل الثمن

## (محكمة النقض الفرنسية)

**مضمون النظرية :**

طبقاً لهذه النظرية التى تبنتها محكمة النقض ، ان شرط الاحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بكامل الثمن يتعلق فقط ، بنقل الملكية ، أى اننا أمام شرط واقف لنقل الملكية وليس لتكوين العقد . ويستند ذلك التحليل على فكرة ان نقل الملكية من طبيعة عقد البيع وليس من جوهره (١) . ويرى انصار هذه النظرية انها التفسير الوحيد الذى يتفق ، فى ذات الوقت ، مع ظروف القانون من جهة والتطور القضائى من جهة أخرى . ومن ثم فان الشرط المذكور يرد على نقل الملكية وهو أمر لا يتعلق بالنظام العام . لذا ينبغى الفصل بين عقد البيع الذى ينعقد باتاً بين طرفيه ونقل الملكية الذى يعلق على الوفاء بكامل الثمن (٢) .

فالبائع الذى يمنح المشترى أجلاً للوفاء ، دون النص على اجل مقابل لتسليم المبيع ، يلتزم بتسليمه للمشترى بمقتضى عقد البيع . ونظراً لاحتفاظ البائع بملكية المبيع فانه يظل متحملاً تبعة هلاكه(٣) . ويترتب على عدم انتقال ملكية المبيع بقاءه ضمن عناصر الذمة المالية للبائع . ولا يجوز التعويل عليه كقيمة مالية فى ذمة المشترى .

---

(١) J.Vendamme, note sous Cass. 28 mars et 22 oct. 1934, D.P. 1934.1.151.

(٢) J. Acquaviva et C. Bacrot, op. cit., n. 033 .

(٣) فى القانون الفرنسى ، انظر ما سبق ص ٩٣.

والجدير بالذكر ان هذه النظرية تلقى تأييد جانب من الفقه المصرى ، انظر ما يلى ص ٢٧٦ .

ينبغى التفرقة ، فى هذا المجال ، بين الشرط الواقف الذى يلحق العقد فى جملته والشرط الذى يلحق الالتزام بنقل الملكية . أى انه ينبغى التمييز بين ما اذا كان الشرط وصف فى العقد ككل أم وصف لأحد الالتزامات الناشئة عنه . أى هل يتم تعليق عقد البيع على الشرط الواقف أم يقتصر التعليق على نقل الملكية ؟

وتبدو أهمية التفرقة فى ان عقد البيع المعلق على شرط واقف لا ينعقد قبل تحقق الشرط ولا يرتب بالتالى اثاره المعروفة . ونفس الشىء تقريباً فى حالة ما اذا كانت كل آثار البيع مؤجلة لحين الوفاء بكامل الثمن . يؤدى قيام البائع باسترداد البضاعة المبيعة لعدم استيفاء ثمنها ، فى هذا الفرض ، الى انهاء الروابط القانونية الناتجة عن العقد وذلك دون حاجة الى اتخاذ أى اجراء آخر .

أما اذا قلنا ، فى الفرض الآخر ، بانعقاد البيع وترتيب كل آثاره ما عدا نقل الملكية ، فان استرداد البائع للبضاعة ليس من شأنه انهاء العقد ، بل ينبغى اتخاذ اجراء آخر للوصول الى تلك النتيجة . ويتمثل ذلك فى دعوى الفسخ أو الشرط الفاسخ الصريح والذى عن طريقه يمكن ، بصفة خاصة ، تسوية حكم اقساط الثمن المدفوعة (١) ، يمكن للبائع الاحتفاظ بها ، على سبيل التعويض ، بمقتضى وجود شرط جزائى فى العقد (٢) .

**موقف محكمة النقض الفرنسية :**

لعله من المناسب استعراض وقائع الحكم الذى اعلنت بمناسبته محكمة النقض تبينها لتلك النظرية . طلبت شركة من أخرى مجموعة معدات يشكل كل جزء منها ثمناً مستقلاً . احتفظت الشركة الموردة بملكية البضاعة لحين الوفاء بكامل الثمن . تم تسليم كل المعدات

---

(١) J. Ghestin, Reflexions ..., op. cit , n. 16.

(٢) ويحق للقاضى ، بطبيعة الحال ، مراجعة قيمة التعويض المستحق ، انظر ما سبق ص ١٠٣ .

وتثبيتها لدى الشركة المشترية . شب حريق قبل الانتهاء من اللمسات الاخيرة للتركيب وتجربة المعدات ، فقضى تماماً على التجهيزات المقامة بما فى ذلك البضاعة المحتفظ بملكيتها . طلبت الشركة الموردة الجزء المتبقى من الثمن . رفضت الشركة المشترية الدفع بل وطلبت استرداد الفرق بين الجزء المدفوع من الثمن ومبلغ التعويض الذى تقاضته من المؤمن .

عرض الامر على محكمة « ستراسبورج» التى قضت ، طبقاً لنصوص العقد ، بتحمل المشترى للمخاطر والتزامه بدفع كل الثمن . ايدت محكمة استئناف « كولمار» الحكم استناداً الى ان البيع معلق على شرط فاسخ ومن ثم فان المشترى كان مالكاً للبضاعة لحظة هلاكها ويتحمل بالتالى ، تبعة المخاطر ، ويلتزم بدفع كل الثمن وفوائده . نقضت محكمة النقض الحكم مقررة ان شرط الاحتفاظ بالملكية ليس شرطاً فاسخاً ، بل انه يعنى بوضوح تعليق انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن ، واحالت الدعوى الى محكمة استئناف « ميتز» للفصل فيها ، فالتزمت باتجاه محكمة النقض وقررت الزام البائع برد الجزء من الثمن المدفوع بالاضافة الى الفوائد منقوصاً منه التعويض الذى حصل عليه المشترى من المؤمن (١) .

**يبدى الفقه على النظرية ، من خلال الحكم ، الملاحظات التالية :**

**أولاً :** اذا كان المشترى قد حصل على تعويض جزئى من مؤمنه ، فان التساؤل الذى يطرح نفسه هو لماذا لم يتدخل المؤمن فى القضية المرفوعة على البائع لطلب استرداد التعويض الذى تم دفعه للمشترى ؟ واذا كان الاخير قد أراد تحميل البائع تبعة هلاك المبيع فلماذا قام بالتأمين عليها ؟ لعل البائع اشترط عليه ذلك أو لعل المشترى أراد ، كما هو الغالب ، اجراء التأمين على سبيل

(١) Com. 20 nov. 1979 ( affaire Mécarex), Bull. Civ., IV, n. 300- R.D.Com. 1980. 43 obs. D. Von. Breitenstein.

الاحتياط حتى ولو كان هناك شخص أخر يتحمل تبعة الهلاك . ومن المقرر ، فى هذه الحالة ، ان يسمح المؤمن له للمؤمن باستخدام حق الرجوع المقرر له قبل المدين بتحمل تعويض الضرر . فلماذا لم يلجأ المؤمن الى استخدام هذا الحق ؟ تجيب المحكمة على التساؤل الاول بقولها ان التأمين الذى يبرمه المشترى يكون لصالح من تخصه البضاعة ، ومن ثم فان عدم الرجوع يمكن تفسيره بان التزام المؤمن هو ذاته سواء انعقدت ملكية البضاعة للبائع أم للمشترى . يثور التساؤل أنذاك لماذا ينعقد التأمين لصالح من تخصه البضاعه وليس لصالح المشترى . وعلى اية حال فانه نظراً لان التأمين ينعقد لصالح من تخصه البضاعة فان التعويض عن الهلاك يدفع للمالك أى البائع المحتفظ بالملكية وليس المشترى ، هذا مع التزام البائع برد الاقساط التى حصلها (١) .

والواقع انه يمكن القول بأن دفع التعويض يكون موضوعاً للانابة مع الوفاء وذلك لتفادى حصول المستفيد على التعويض دون أن يحصل العميل على الاقساط التى دفعها من الثمن . ويبدو ، فى الحقيقة ، ان المشترى ، فى القضية المعروضة ، حصل مباشرة على التعويض مما دفع الاطراف الثلاثة وكل من محكمة أول درجة والاستئناف المؤيد لها الى تقرير تحمل المشترى ، بطبيعة الحال ، لمخاطر هلاك المبيع (٢) .

**ثانياً** : ان وقائع القضية لا تبدو على درجة كافية من الوضوح على نحو يجعل من حكم النقض مبدأ عاماً فى موضوع شرط الاحتفاظ بالملكية (٣). والواقع انه ، فيما يتعلق بموضوع توريد المعدات التى

(١) Com. 1er oct. 1985, R.D. Com. 1986, obs. J. Hemard et B. Bouloc.

(٢) Y. Demoures, op.cit., n. 46.

(٣) J.Acquaviva et C. Bacrit , op. cit., n. 031.

تشكل جزءاً من العملية الانتاجية ، يمكن تعريف العقد بأنه اما بيع أو مقاولة لا تنتقل فيه الملكية أو المخاطر الى المشترى الا بعد اتمام تركيب المعدات وتجربتها . قررت محكمة استئناف كولمار اعتبار العقد بيعاً مع النظر الى شرط الاحتفاظ بالملكية على انه شرط فاسخ . وتلك النقطة الاخيرة هى التى تم عرضها على محكمة النقض ورفضتها صراحة (١) . اما مسألة تحمل تبعة الهلاك فقد تم حسمها فى النهاية كما لو كنا بصدد عقد مقاولة وكان من الممكن اضفاء مثل هذا التكييف على العقد . ومن ثم فانه ينبغى لمعرفة موقف محكمة النقض النهائى فى المسألة الانتظار حتى تتاح لها فرصة الفصل فى واقعة تتعلق ببيع بحت وبسيط . وعلى أية حال ينبغى النظر الى حكم النقض كتعبير عن ارادتها فى أن تعطى الكلمات معناها الكامل وترتب على الشروط كافة آثارها . وليس من الطبيعى أن نستخلص ، فى الواقع ، من نفس الشرط جزءاً من آثاره المواتية لأحد الاطراف ونستبعد الجزء من الآثار الغير مواتى له . ينبغى على البائع العلم بأن احتفاظه بالملكية يحمله تبعة المخاطر(٢) ما لم يتفق صراحة على عكس ذلك مع المشترى (٣) .

**ثالثاً** : بالنسبة للبائع ، الذى يتحمل تبعة الهلاك كمالك رغم تسليمه المبيع للمشترى ، ينبغى ان تنحصر الخسارة ، فى حالة هلاك البضاعة ، بالنسبة له ، فى رد قيمتها دون الالتزام بالتسليم مرة أخرى ، بينما يستطيع المتعاقد ، فى حالة عقد المقاولة ، أن يطلب التوريد من جديد اذا هلكت المعدات قبل تسليمها نهائياً (٤) .

ويستقر العمل التجارى الدولى على انتقال تبعة الهلاك الى

---

(١) وانظر فى نفس الاتجاه كذلك : Com 1er oct. 1985, op. cit.

(٢) انظر ما سبق ص ٩٣.

(٣) Y. Demoures , op. cit., n. 47.

(٤) نفس الموضع

المشترى عند تسلمه المبيع . ويقضى القانون الموحد لاتفاقية لاهاى بانتقال تحمل التبعة مع التسليم (١) . ويخالف حكم النقض ، بطبيعة الحال ، هذا العمل . لا شك ان الامر يمكن الاتفاق على ما يخالفه ، حيث يجوز للاطراف حرية تحديد ميعاد ومكان التسليم ( المصنع أو رصيف التفريغ أو محطة الوصول ) . ويمكن للأطراف تحديد لحظة انتقال تبعة هلاك المبيع المحتفظ بملكيته .

رابعاً : ان النظرية القائلة بأن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع بات علق فيه انتقال الملكية على الوفاء بالثمن ، تعجز عن تبرير حق المشترى فى استعمال المبيع وتلقى ثماره والتصرف فيه . ذلك ان تعليق انتقال الملكية يستتبع بالضرورة حرمان المشترى من استعمال الحقوق التى تتضمنها الملكية ، ما لم يخول ذلك بمقتضى اتفاق أخر صريح أو ضمنى . ويبدو ان ذلك ما تعرضت له محكمة استئناف « ميتز» ضمناً لانها بحثت التزامات المشترى فيما يتعلق بحفظ المبيع بوصفه مديناً بتسليمه للبائع فى حالة عدم الوفاء بالثمن ، وخلصت من ذلك الى ان المشترى لم يرتكب اى خطأ .

خامساً : بالرغم من ان عبارات قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ توحى باتفاقها مع نظرية محكمة النقض ، فان التساؤل يثور عما اذا كانت المحكمة ستطبق هذه النظرية على كل حالات البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية . والواقع ، كما سيتضح لنا بعد ذلك ، ان عبارات القانون ليست جازمة ويمكن أن توحى بأكثر من معنى . فاذا أمكن القول بتأجيل انتقال الملكية فى بعض البيوع . فان هذا الحل لا يمكن القول به على اطلاقه فى جميع الحالات (٢).

سادساً : ان موضوع عقد البيع يتمثل فى نقل ملكية المبيع ، ومن ثم فانه من الصعب ، دون تشويه قانون البيع ، قبول القول بأن هذا

---

(١) ونفس الحكم فى القانون المصرى ، انظر ما سبق ص ٩١.

(٢) انظر ما يلى ص ٢٤٨.

النقل معلق على شرط واقف أى يتوقف على واقعة غير مؤكدة أو محتملة (١) .

**سابعاً** : اذا قلنا بأن شرط الاحتفاظ بالملكية يعلق انتقال الملكية على الوفاء بالثمن فى الميعاد المحدد ، وأراد البائع ، فى حالة عدم الوفاء ، استرداد المبيع ، فهل يتم ذلك بنفس الطريقة التى تجرى فى حالة فسخ البيع ؟ فهل معنى ذلك أن للشرط المذكور أثران : تعليق انتقال الملكية ، وقوع الفسخ دون أن يكون للقاضى سلطة منح المدين أجلاً للوفاء ؟ هذا ما يحاول الاجابة عليه أصحاب النظرية التالية .

(١) A. de Martel-Tribes, op. cit, n. 9.

## المبحث الخامس

## بيع مضاف الي أجل واقف

نعرض لمضمون النظرية ثم لتقديرها :

**مضمون النظرية :**

مؤدى هذه النظرية ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف الى لجل واقف يتفق فيه الاطراف على ارجاء تنفيذ العقد الى حين حلول الاجل وهو الموعد المحدد لدفع الثمن (١) . وينبغى ، عند حلول الاجل ، الوفاء بكامل الثمن . تنتقل ملكية البضاعة من البائع الى المشترى ، منذ ذلك الحين ، ودون أثر رجعى بخلاف الحال بالنسبة للبيع المعلق على شرط واقف . ولا يمنع ذلك ، بطبيعة الحال ، امكانية اتفاق الاطراف على مخالفة تلك الآثار اى جعل انتقال الملكية بأثر رجعى فى حالة الاجل الواقف ، وترتيب انتقالها بأثر فورى فى حالة الشرط الواقف . أى انه يجوز للأطراف ، باتفاق صريح ، ترتيب او استبعاد الاثر الرجعى للوفاء أياً كان التكييف الذى يمكن اضفاءه على هذه الواقعة (٢) . والواقع ان هذه المسألة لا تستوقف نظر الافراد

---

(١) Du Pontavice, Bull. du Conseil national des Commissaires aux Comptes, déc. 1975, P. 472.

وقد عدل المؤلف عن رأيه بعد صدور قضاء النقض فى قضية Mecarex . انظر ما سبق ص ٢٣٣.

Banque, nov. 1980, P. 122.

(٢) والجدير بالذكر ، فى هذا المقام ، انه فى مجال البيوع التجارية حيث يتوقف ترتيب آثارها على دفع كامل الثمن وتحرير العقد الرسمى ، فان القضاء ، رغم اشارته الى الشرط الواقف ، يحد أو يستبعد اثره الرجعى استناداً الى ارادة الاطراف .

L.Boyer, Rép. Civ.2eme éd., V. Promesses de Vente , n. 175s- Civ. 24 juill. 1946, J.C.P. 1946.11.3301, note E. Becqué- 10 mars 1954, Bull. Civ 1,n.93- 30 avr.1970,J.C.P. 1971.11.16674, note Mourgeon.

كثيراً عند ابرام العقد ، الا ان اهميتها تكمن أساساً بالنسبة للغير الذى يرتب له المشترى حقاً على البضاعة قبل دفع كامل الثمن .

وبالنسبة للالتزامات المتبادلة بين البائع والمشترى فى الفترة قبل حلول الاجل ، تنشأ عن اتفاق اضافى ينظم العلاقة بينهما فى هذه المرحلة . تتوقف الطبيعة القانونية لهذا الاتفاق على ماهية شروطه واحكامه . فقد يلتزم المشترى بأن يدفع للبائع مبالغ معينة فى مواعيد محددة على سبيل الوديعة على أن يكون المبلغ الاخير فى موعد الوفاء بكامل الثمن ، ويلتزم البائع ، فى المقابل ، بتسليم البضاعة للمشترى على سبيل الوديعة ( حيازته لها دون أحقيته فى استعمالها أو التصرف فيها ) ، أو على سبيل العارية (أحقيته فى الاستعمال دون التصرف ) ، أو على سبيل الايجار لمدة محددة ( أحقيته فى الاستعمال ، دون التصرف ، مقابل أجرة معينة ) . وبطبيعة الحال فانه ، قبل حلول الاجل المحدد للوفاء ، ليس للبائع ان يطالب باسترداد المبيع وليس للمشترى ان يطالب باسترداد الاقساط التى تم دفعها .

وبحلول الاجل المتفق عليه يتم تنفيذ الالتزامات الناتجة عن عقد البيع ، حيث يتم الوفاء بالثمن عن طريق المقاصة مع المبالغ المودعة لدى البائع ، ويتم التسليم بمجرد تبادل التراضى بين الاطراف لأن المبيع يوجد سلفاً فى حيازة المشترى (١) . واذا لم يتم دفع الثمن فى الميعاد المحدد يزول البيع بقوة القانون ، ويلتزم المشترى برد البضاعة التى تلقاها ويدفع التعويض عن الاضرار التى حلت بالبائع بسبب الاخلال بالالتزام ، ويلتزم البائع برد الاقساط التى تلقاها من الثمن الا فى حالة وجود شرط جزائى يبيح له الاحتفاظ بها على سبيل التعويض ، ويمكن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل المجاز ، شرطاً جزائياً (٢).

---

(١) وهذا ما يسمى بالتسليم الحكمى . انظر المادة ٢/٤٣٥ مدنى مصرى التى تقضى بانه « يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين اذا كان المبيع فى حيازة المشترى قبل البيع ....»

(٢) مع سلطة القاضى فى تعديل التعويض بطبيعة الحال.

ومن البديهى ان المشترى سيتحمل التزاماته ، فى هذا الفرض ، اما بوصفه مودعاً لديه او مستعيراً أو مستأجراً ، وتقدر مسئوليته ، فى حالة فسخ البيع ، طبقاً للمادة ١٣٠٢ مدنى فرنسى ( ٢٠٧ مصرى ) المتعلقة بهلاك الشىء الذى يلتزم المدين بتسليمه ، والمادة ١١٣٧ مدنى فرنسى ( ٢١١ مصرى ) المتعلقة بالالتزام بالمحافظة على الشىء . واذا أراد التخلص من التزامه بسبب القوة القاهرة تعين عليه اثباتها . ويقدر خطأه ، فى هذه الحالة ، بنفس الشدة التى يقدر بها خطأ من يسلم اليه الشىء تحقيقاً لمصلحته ( المستعير مثلاً ) م ١٩٢٨ مدنى فرنسى ، ٦٤١ مصرى . أى اننا من الناحية العملية نكون أمام التزام بنتيجة يلتزم المشترى بتحقيقه ، ولتدعيم هذا الالتزام يتم الاتفاق عادة على تحميل المشترى تبعة هلاك المبيع فى نفس العقد المتضمن شرط الاحتفاظ بالملكية ، ويشمل هذا الاتفاق ، بلا شك ، تحمل مخاطر نقل المبيع .

ان تكييف البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بأنه بيع مضاف الى أجل واقف مدعم باتفاق اضافى يفسر لنا عدم انتقال ملكية البضاعة المسلمة للمشترى سواء كانت معينة بالذات أو معينة بالنوع أو تحت التجهيز ، حيث يؤدى اتفاق الاطراف الى ارجاء ترتيب آثار البيع الى أجل معين وتكون المعايير المعتادة لنقل الملكية غير قابلة للتطبيق قبل حلول الاجل . ويظل المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للبائع حتى حلول الاجل ودفع كامل الثمن . ويتحمل البائع ، كمالك ، تبعة هلاك البضاعة ، فى هذه الفترة (١) ، سواء تم تسليمها للمشترى أم لا ، ما لم يوجد اتفاق مخالف بطبيعة الحال .

وبتطبيق هذه النظرية على الواقعة التى عرضت على محكمة النقض (٢) ، فان ظروف الدعوى ، ولو لم يوجد اتفاق صريح على

---

(١) انظر ما سبق ص٩٣.

(٢) انظر ما سبق ص ٢٣٣ .

تحمل المشترى تبعة هلاك المبيع ، تدفع الى الاعتقاد بوجوب تحمل المشترى نتائج حريق البضاعة . ان عملية ايداع البضاعة قد تمت ، فى الواقع ، لمصلحة المشترى ومن ثم لا يلتزم البائع باثبات خطأ الأول لتحميله مسئولية هلاكها ، بل ان المشترى يكون مسئولاً عن الهلاك ، ولا يمكنه التخلص من المسئولية الا باثبات السبب الاجنبى . وتلك مسألة ليست باليسيرة . وبفرض ان محكمة النقض رفضت تكييف العقد ، فى الواقعة المعروضه ، بأنه بيع معلق على شرط فاسخ ، فان المشكلة لن تثور اصلاً نظراً لأن المشترى سيتحمل تبعة الهلاك بوصفه اصبح مالكاً للبضاعة (١) .

وتجدر الاشارة اخيراً الى أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية لا يتولد عنه أى حق عينى للمشترى . ونظراً لأن الشرط المذكور هو مجرد لجل واقف ، فليس له أى اثر رجعى . والمشترى لا ولن يكون له أى حق عينى على البضاعة المبيعة قبل الوفاء بكامل الثمن .

ومن المتصور وجود اكثر من تحليل نظرى فى هذا المقام ، يستطيع الاطراف الاستعانة بأى منها ، ومع ذلك فان الفرض الذى يوجد فيه عملاً شرط الاحتفاظ بالملكية يتمثل فى بيع نهائى تتوالى أثاره بالتدريج فى اطار المدد المتفق عليها . فهناك اولاً مدة التسليم ثم مدة الوفاء بالثمن التى يرتبط بها نقل الملكية . ويبدو تنفيذ العقد بالتدريج اكثر وضوحاً فى حالة اتمام الوفاء عن طريق اقساط متتالية (٢) .

ولعله من المناسب تكملة شرط الاحتفاظ بالملكية بشرط فاسخ وأخر يربط تبعة الهلاك بالتسليم دون الملكية . ولا شك فى صحة هذه الاتفاقات بين الاطراف ، الا انها لا تسرى فى حق جماعة الدائنين الا طبقاً للقواعد العامة وليس طبقاً لنصوص قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ .

---

(١) Y. Demoures, op. cit. n. 51 s.

(٢) J. ghestin, Reflexions ..., op. cit., n. 20.

## تقدير النظرية :

نعرض للاسانيد التى يستند اليها أنصار النظرية والانتقادات التى وجهت اليها :

**أولاً :** يحاول المنادون بهذه الاتجاه (١) ان يجدوا لهم سنداً من التشريع بقولهم ان عبارة قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ جاءت محايدة لانها تقضى بان شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف « نقل الملكية الى أن يتم الوفاء بكامل الثمن La Clause suspend "le transfert de propriété au paiement integral du prix". حقاً ان الاعمال التحضيرية تكشف عن تعلق الامر بشرط وليس بأجل (٢)، الا انه ليس من المؤكد ان البرلمانيين كان لديهم ادراك واضح للمعنى الفنى لكلمة شرط . فالتعبيرات التى استخدموها عادة لتصف شرط الاحتفاظ بالملكية توحى بالاعتقاد بانهم يتحدثون عن الشرط بينما ينصرف تفكيرهم الى الاجل ، فبالنسبة لهم يشترط البائع احتفاظه بالملكية « حتى الوفاء بكامل الثمن « "jusqu'au paiement integral du prix" وان الملكية لا تنتقل الى المشترى الا عندما يقوم بدفع كامل الثمن "La propriété ne passera à l'acheteur que lorsque celui-ci aura payé l'integralité du prix" (٣) .

فاذا كان الامر يتعلق بشرط كان ينبغى أن تكون الصياغة على النحو التالى : لا تنتقل الملكية الى المشترى إلا اذا دفع الثمن "La propriété ne serait transféré que "si" il payait le prix" (٤)

---

(١) J. Ghestin, op. cit, n. 11.

(٢) Million, Rapport , Document n. 1492, P.5-Ass. nat. 2eme séance 18 avr. 1980 J.O., P. 568, Col.2- Rudolff, Documents n. 14- Sénat, annexe au P.V. de la séance du 10 oct. 1979, P. 14-proposition Dubanchet, exposé des motifs, P. 4s.

(٣) Rapport Millon , op. cit. P. 3 et 4.

(٤) انظر كذلك : Millon , ass. nat. 2eme séance 18 avr. 1980,J.O., P. 568, Col.2
والذى بعد اشارته الى ان الامر يتعلق بشرط واقف ، اصر على واقعة بقاء البائع مالكاً للبضاعة طالما لم يتحقق الشرط أى طالما لم يتم دفع كامل الثمن .

ويضيف اصحاب هذا الرأى انه ينبغى الاخذ فى الحسبان ، طبقاً لهذا الاتجاه ، ان واضعى القانون المذكور قصدوا صراحة تبنى تعريف الشرط الوارد فى قضاء محكمة النقض بصدد قضية Mecarex (١) . والواقع ان هذا الحكم لم يتضمن اية اشارة الى كلمة « شرط» "Condition" ، ان مضمونه يكمن فى فكرة رئيسية هى ان نقل الملكية يتأخر ، بسبب اعمال الشرط ، حتى الوفاء بكامل الثمن . وعلى اية حال فانه من الواضح ان القضاء السابق على صدور القانون الحالى وان تردد بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ (٢)إلا أنه لم يجد نفسه فى مواجهة صعوبة عملية تتعلق بالخيار بين الشرط والاجل (٣) . ومن الجدير بالذكر ان القضاء البلجيكى قد انحاز بوضوح الى فكرة الاجل الواقف دون الشرط (٤) .

ثانياً : ينتقد الفقه القول بأن شرط الاحتفاظ بالملكية هو أجل واقف لان دفع الثمن ، ، فى العلاقات التجارية بصفة خاصة ، واقعة غير مؤكدة (٥) . فيسار المشترى ، وخاصة التاجر ، فى البيع الائتمانى ، أمر غير يقينى وصعب التقدير ، ومن ثم يصعب القول بأن نقل الملكية مضاف الى أجل غير مؤكد على هذا النحو (٦) .

---

(١) انظر ما سبق ص ٢٣٣.

(٢) انظر ماسبق ص ٢٢١، ٢٢٧.

(٣) J. Ghestin, op. cit., n. 12.

(٤) J. Rault, Les Clause par les quelles le Vendeur de meubles tente d'échapper à la loi du dividende, Rév. Gén. faillite, 1936.396- Martel-Tribes, op. cit., n.6- R. Juan-Bonhomme, le transfert des risques dans la Vente de meubles Corporels , thèse Montpellier 1978, P. 156, n. 169- Bruxelles, 11 jan. 1929, Pasicrisie 1929.2.123- Cass. Belgique. 9 fév. 1933, Pasicrisie, 1933.1.103, Conc. Leclerq.

(٥) Vendamme, note , op. cit. P. 154.

(٦) Martel-tribes, op. cit., n.9.

يجيب انصار نظرية الاجل على هذا النقد بقولهم : حقاً ان الصفة غير المؤكدة للواقعة تعد معياراً لتمييز الشرط عن الاجل ، الا انه ينبغي تحديد مدلول ذلك المبدأ ، حيث ينبغي لوجود الشرط ان تكون الواقعة غير مؤكدة من الناحية الموضوعية . فموت شخص معين لا يعد شرطاً لانه أمر مؤكد حتى ولو كان التاريخ غير مؤكد ، ومن ثم فهو اجل مؤكد ، ولا يكفي عدم يقين حدوث الواقعة موضوعياً بل ينبغي الا يأخذ الافراد هذا الحدوث على انه أمر مؤكد (١) .

ان الوفاء بالثمن ، في البيع الائتماني ، لا ينظر اليه كمجرد امر احتمالي بل يقيني ، فالتزام المشترى هو التزام بسيط وغير معلق على شرط ، ولا يتأثر ذلك التكييف بامكانية اعتباره عند حلول الاجل ، والقول بغير ذلك مؤداه ان كل البيوع الائتمانية لا تولد سوى التزامات مشروطة ، ونوجد ، في هذه الحالة ، أمام مخاطرة اضافية في الاستعمال التعسفي لكلمة الشرط وهو أمر محل نقد (٢) .

---

(١) J. Ghestin, op. cit., n. 14.

ويدلل هذا الفقه على ذلك بالقضاء المستقر في موضوع الوعد بالتعاقد فيما يتعلق بالدور المقرر لتحرير العقد الموثق حيث يعتمد على وقوع حدث محدد . اذ تؤكد محكمة النقض بانه لا يوجد اى شرط فى حالة عدم قيام ادنى علاقة مشروطة وحاسمة بين التزامات الاطراف والواقعة المستقبلة المؤكدة الحدوث ، المتفق عليها بينهما ، ولو فى وقت غير محدد .

وقد تمثلت الواقعة فى قيام المشترى ببيع عدة شقق يمتلكها . لا يمكن اعتبار اتمام هذه العملية امر مؤكد الحدوث ، ولكن العقد في هذه الحالة ، لا يكون معلقاً على شرط لأن الاطراف لم تكن لديهم مطلقاً نية تعليق اتفاقهم على حدوث الواقعة المذكورة حيث بدت لهم ، خطأ او صواباً ، كامر مؤكد .

Civ. 27 nov. 1969, Bull.Civ. 111,n.772-R.T.D. Civ. 1970, 768,n.13 obs.Y. Loussouarn-T.G. inst. Nice, 24 oct. 1970,J.C.P. 1971.11.16866, note J. Ghestin. J.J.Taisnè, La notion de Condition dans les actes juridiques, thèse, Lille 1977,n. 52s.

(٢) V.ph. Derouin, Pour une analyse "fonctionnelle" de la condition, R.T.D Civ. 1978.1.spéc.n.7s.

والواقع ان الوفاء ، فى البيع الائتمانى ، مضاف الى أجل يؤخر استحقاقه . ويقتصر دور شرط الاحتفاظ بالملكية على الربط التام بين نقل الملكية ودفع كامل الثمن وذلك بجعل هذا النقل ، طبقاً لصياغة قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، تابعاً للوفاء . فالوفاء يكون اذن شرطاً لنقل الملكية . الا ان كلمة شرط لم تستخدم هنا فى معناها الفنى . فهى لا تعنى هنا الحدث غير محقق الوقوع والخارج عن ارادة الاطراف ، بل تعنى فقط ان نقل الملكية لن يتم الا اذا تم الوفاء بالثمن ، كقولنا بأن العقد لا يكون صحيحاً الا اذا تضمن تراضى ومحل وسبب . ويترتب على شرط الاحتفاظ بالملكية تأخير كل من انتقال الملكية والوفاء بالثمن ، كنتيجة لنفس الاجل ، فنقل الملكية فى أجل يقابل دفع الثمن فى أجل أيضاً . وانطلاقاً من ذلك فانه يكفى تحديد نفس المدة للوفاء بالثمن ولنقل الملكية . الا انه نظراً للمدد الاضافية التى تمنح للمشترى للوفاء يكون من الابسط والاضمن للبائع تأخير نقل الملكية لحين الوفاء الفعلى بالثمن . ويكون اللفظ أنذاك ، بلا شك ، غير مؤكد ، ولكن ذلك لا يعنى مطلقاً انه شرط بالمعنى الفنى لان الوفاء ونقل الملكية ، بالرغم من تأجيلهما ، الا انهما ، بالنسبة للأطراف ، التزامان مؤكدان (١) .

ويخلص انصار هذا الاتجاه الى ان شرط الاحتفاظ بالملكية هو مجرد أجل يترتب عليه ، وفقاً للصيغة المستعملة ، فى الغالب ، سواء فى العمل أو من جانب القضاء ، وقف نقل الملكية الى حين دفع كامل الثمن (٢) .

**ثالثاً** : ان النظرية القائلة بأن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف الى اجل واقف لا يمكن تطبيقها ، بأية حال ، على البيع

---

(١) J. Ghestin , op. cit., n. 14.

(٢) نفس المقالة فقرة ١٥.

الذى لا يتضمن أى قيد على حق المشترى فى التصرف فى المبيع المسلم اليه. فالواقع ان الحق فى التصرف يقتضى نقل الملكية الى المتصرف ، ونفس الشىء بالنسبة لاستعمال الاشياء القابلة للاستهلاك حيث لا يجوز للمشترى استعمالها الا اذا كان مالكا لها ما لم نكن بصدد عارية استهلاك Prêt de Consommation أو وديعة ناقصة Dépôt irregulier حيث يلتزم المستعير أو المودع لديه برد شىء مطابق . ومن الصعب تصور الامور على خلاف ذلك . فاذا تضمن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية نقل الحق فى التصرف فى المبيع للمشترى فان العقد ، فى هذه الحالة ، لا يمكن تكييفه الا بأنه بيع مقترن بشرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن.

ولتطبيق النظرية السابقة ينبغى ان يدرك الاطراف ان الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهم ، فى الفترة ما بين انعقاد العقد وحلول الاجل ، تنبع من اتفاق أخر غير البيع بكل ما يترتب على ذلك من نتائج : فلا يدخل حق البائع قبل المشترى ضمن حساب مبيعاته ، ولا تدخل البضاعة المسلمة للمشترى فى ذمته المالية ولا تحسب ضمن رصيده أو رأسماله الثابت أو محلاً لاستهلاكه . وبدون ذلك فان البيع لا يمكن أن يكون سوى بيع معلق على شرط فاسخ .

لكل ما سبق فان النظرية المذكورة لا تستجيب ، فى الواقع ، لكل المواقف (١) . لذا ظهر الاتجاه القائل بعدم وجود طبيعة قانونية موحدة للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، حيث تختلف هذه الطبيعة بحسب الفروض والمواقف .

---

(١) Y.Demoures, op. cit., n.59 :61.

## المبحث السادس

## تعدد الطبيعة القانونية للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية

تكشف المحاولات السابقة عن صعوبة اضفاء تكييف قانونى موحد على البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بسبب تعدد وتباين صورة العملية المرتبطة بطبيعة النشاط التجارى ، المجال الغالب لاعماله وما يتسم به من سرعة ومرونة وما يتطلبه من تجاوب كامل مع مبدأ الحرية التعاقدية .

لعله من المناسب ، فى هذا المقام ، محاولة التعرف على اتجاه ارادة الاطراف من خلال الاتفاقات المختلفة فى الواقع العملى واجراء الوصف القانونى المناسب للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية .

يتضح من تلك الدراسة ان احتفاظ البائع بملكية المبيع لحين استيفاء الثمن يخوله أمرين هامين :

**الأول** : الضغط على المشترى لحثه على دفع كل الثمن ، حيث يخشى مخاطر الالتزام برد كل البضاعة للبائع حتى ولو كانت قيمتها تفوق الدين المستحق عليه ، أى ولو لم يتبق عليه من الثمن سوى جزءاً يسيراً .

**الثانى** : يتمتع البائع بامتياز على المبيع الذى لم يستوف ثمنه ، فى مواجهة باقى دائنى المشترى المفلس (١) . اذ يكون للبائع الحق فى استرداد البضاعة بشرط ان تظل على حالتها العينية .

إلا انه من ناحية أخرى لا تنصرف نية البائع ، كأصل عام ، الى وضع عقبة أمام المشترى تعوق انتفاعه بالبضاعة أو التصرف فيها ، هذا ما لم يتضمن العقد اتفاقاً صريحاً على خلاف ذلك .

---

(١)وذلك فى القانون الفرنسى والالمانى دون المصرى بطبيعة الحال . انظر ما سبق ص ١٠٩ .

تتوقف النتائج القانونية للبيع مع شرط الاحتفاظ أساساً على مدى أحقية المشترى فى استعمال المبيع والتصرف فيه . لعله من خلال تلك الملامح الرئيسية والمعيار المذكور يمكن القاء الضوء على طبيعته القانونية . يكشف الواقع عن تصنيف البيوع المقترنة بشرط الاحتفاظ بالملكية الى طائفتين (١) : بيع معلق على شرط فاسخ ومقترن بشرط جزائى ، بيع مضاف الى أجل واقف مع شرط فاسخ وشرط جزائى ومقترن باتفاق مرحلى .

## الطائفة الأولى
## بيع بشرط فاسخ وشرط جزائى

يدخل فى هذه الطائفة البيع المتضمن شرطاً يحتفظ بمقتضاه البائع ، ببساطة ، بملكية البضاعة لحين الوفاء بكامل الثمن ( مع أو بدون شرط ناقل لتبعة هلاك المبيع ) . لا يضع البائع أى قيد على حق المشترى فى استعمال المبيع أو التصرف فيه . يعد هذا البيع بيعاً بحتاً وبسيطاً يقترن بشرط فاسخ ( عدم الوفاء بالثمن فى الميعاد ) وشرط جزائى .

يدخل فى هذه الطائفة أيضاً البيع الذى يفرض فيه البائع على المشترى عدة التزامات حول حقه فى الانتفاع ( دون التصرف ) بالمبيع . تتعلق تلك الالتزامات بحفظ المبيع وتمييزه ، أى الحفاظ على ذاتيته ، وشروط استعماله على نحو يضمن بقاءه على حالته العينية . هذا بالاضافة الى التزام المشترى بأن يحيل للبائع الحقوق الناتجة عن اعادة بيع المبيع . ويؤدى الاخلال بأى من هذه الالتزامات ، شأن عدم الوفاء بالثمن ، الى الفسخ التلقائى للبيع .

ويندرج فى هذه الطائفة أخيراً البيع الذى يقيد فيه البائع حق المشترى فى التصرف وذلك بأن يحظر عليه اعادة بيع الشىء المبيع

---

(١) انظر فى عرض ذلك الاتجاه : Y. Démoures, op. cit. n. 71s.

قبل سداد كامل الثمن . والواقع ان المال يكون قد انتقل من ذمة البائع الى ذمة المشترى . ولا ينازع الاول ملكية الثانى للمبيع . ويقتصر الامر على أن حق المشترى فى التصرف ، يكون موقوفاً لحين سداد الثمن . فحق التصرف فى المبيع ينتقل بذاته الى المشترى الا أن ممارسة هذا الحق تكون موقوفة على الوفاء بالثمن .

ويمكن القول بصفة عامة بأن القيود التى يفرضها البائع ، الذى لم يستوف الثمن ، على حق المشترى فى الانتفاع بالمبيع والتصرف فيه ليس من شأنها وقف انتقال الملكية ذاتها بل تتعلق بممارسة هذا الحق . وينبغى النظر الى هذه القيود على انها شروط للبيع دون حاجة الى القول بوجود اتفاق مرحلى : فالبائع له الحق فى الامتناع عن التسليم طالما لم يستوف حقه فى الثمن (١) ، ويجوز له ، بالتالى ، أن يشترط ، لتسليم المبيع ، قبول المشترى للقيود التى يفرضها عليه بصدد سلطاته فى الانتفاع والتصرف .

يترتب على تكييف البيع مع الاحتفاظ بالملكية بأنه بيع مقترن بشرط فاسخ وشرط جزائى النتائج التالية :

١- يستمد المشترى حقه فى الانتفاع والتصرف من عقد البيع ذاته أى من حقه فى ملكية المبيع ما لم ترد قيود معينة على هذا الحق لحين الوفاء بالثمن .

٢- يتحمل المشترى بوصفه مالك ، تبعة هلاك المبيع ، وبصفة خاصة المخاطر التى يتعرض لها أثناء الطريق فى حالة بيع القيام ( البيع فى المصنع ) ، ويجوز للبائع ، من أجل مزيد من الضمان ، أن يلزم المشترى باجراء تأمين على البضاعة أو يقوم هو بنفسه بابرام هذا التأمين .

٣- يدخل المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للمشترى ، شأن البيع

---

(١) م ١٦١٢ مدنى فرنسى ، ٤٥٩ مصرى .

العادى تماماً ، ويخضع ، بالتالى للقواعد العامة من الناحية المحاسبية والضريبية . ونفس الشيء ، بالمقابل ، بالنسبة للبائع ، حيث يخرج المبيع من ذمته المالية .

٤- لا يتعرض المشترى لتطبيق العقوبة المقررة لجريمة خيانة الامانة المقررة فى قانون العقوبات (١) ، فهو لا يرتكب جريمة التبديد فى حالة تصرفه فى المبيع ، ما لم يتعلق الامر بمخالفة الشروط التى يفرضها البائع على ممارسة حقه فى التصرف فى المبيع مع توافر الشروط العامة لتطبيق تلك الجريمة فى العلاقة بين البائع والمشترى(٢) .

٥- ان حق البائع فى الاسترداد يرد علىّ كل البضاعة التى باعها مع الاحتفاظ بملكيتها . ولا يلتزم البائع ، تطبيقاً للشرط الجزائى ، برد الفارق بين قيمة البضاعة المستردة من جهة والمقدار المتبقى له من الثمن من جهة أخرى . ويستطيع القاضى ، مع ذلك ، تعديل التعويض الذى يتسم بالمبالغة (٣) .

٦- يجب لامكان الاحتجاج بحق الاسترداد قبل الغير الالتزام بالشروط التى وضعها المشرع : اتفاق كتابى مبرم قبل التسليم ، بقاء البضاعة على حالتها العينية ، مدة الثلاثة أشهر (٤). وطبقاً لقانون التسوية القضائية وتصفية الاموال يبدو أن الزيادة فى قيمة البضاعة المستردة عن مقدار الدين المستحق للبائع تدخل ضمن التفليسة ، ويعامل الحق فى التعويض نفسه كدين عادى ضمن بقية الديون (٥) .

---

(١) م ٤٠٨ عقوبات فرنسى ، ٣٤١ عقوبات مصرى .

(٢) مثال ذلك تجريم المشرع المصرى للتصرف فى المبيع بالتقسيط قبل سداد الثمن ، انظر ما سبق ص١٨ .

(٣) انظر ما سبق ١٠٣ .

(٤) انظر ما سبق ١١٧ .

(٥) Y. Démourés, op. cit.

انظر ما سبق ص ١٦٤.

## الطائفة الثانية

## بيع مضاف الى أجل واقف مع شرط فاسخ وشرط جزائى ومقترن باتفاق مرحلى

يدخل فى هذه الطائفة البيع الذى تتجه نية البائع فيه صراحة الى عدم نقل ملكية المبيع للمشترى وبصفة خاصة الحق فى التصرف فيه ، طالما لم يتم دفع كامل الثمن .

يمكن ان يتضمن العقد العديد من أنواع الالتزامات على عاتق كل من البائع والمشترى ، فيما يتعلق بموضوع البيع ، الاقساط المحددة للسداد ، التسليم ، اهمية المحافظة على البضاعة ، وقيمتها فى حالة الاسترداد ، ومصاريف النقل والتركيب والفك والتعبئة ، ومدى اهمية المبيع على صعيد الاستغلال التجارى والصناعى بالنسبة للمشترى .

وقد سبق أن تعرضنا لأحكام وآثار البيع المضاف الى اجل واقف المقترن باتفاق مرحلى(١) . ويكفى التذكرة هنا بأن الالتزامات موضوع الاتفاق الاخير ترد كلها على الحق فى الانتفاع دون الحق فى التصرف الذى لم يرد البائع نقله للمشترى . وسبق الاشارة الى ان هذا النوع من البيوع لا ينطبق ، فى الواقع ، على البيع الذى ينتقل فيه الحق فى التصرف الى المشترى ، ولا على البيع الذى يقتضى الحق فى استعمال المبيع فيه بالضرورة نقل ملكيته ( بيع الاشياء القابلة للاستهلاك )(٢) .

ويترتب على ذلك عدة نتائج :

١- يتعرض المشترى لعقوبة جريمة خيانة الأمانة اذا تصرف فى المبيع أو انتفع به ، قبل سداد الثمن بطريقة تخالف الاستعمال المتفق عليه (٣)

---

(١) انظر ما سبق ص ٢٣٩.

(٢) انظر ما سبق ص٢٤٦ .

(٣) لان التصرف يقع بالمخالفة للاتفاق المرحلى الذى يحكم علاقته بالبائع فى فترة ما قبل الوفاء بالثمن ، وهذا الاتفاق يتمثل غالباً فى صورة وديعة او عارية

٢- يظل المبيع ضمن عناصر الذمة المالية للبائع ، ولا يخضع الاطراف للالتزامات المحاسبية والضريبية التى يفرضها قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ .

٣- اذا لم يتم الوفاء بكامل الثمن عند حلول الاجل ، فان البيع ، بدلاً من ترتيب أثاره كاملة ، ينفسخ بقوة القانون .

ويمكن ان يتضمن العقد صياغة جديدة يكون للمشترى بمقتضاها ، وانطلاقاً من مصلحته ، الحق فى تحويل الاتفاق المرحلى الى بيع . ولا شك ان اعادة بيع المشترى للبضاعة أو استعماله للبضاعة القابلة للاستهلاك ينطوى ، بقوة القانون ، على تجديد بتغيير الوديعة الى بيع ونقل ملكية البضاعة للمشترى . وتبقى تبعة تحمل المخاطر ، حتى ذلك الحين ، على عاتق البائع ما لم يوجد اتفاق مخالف . ويؤدى وجود مثل هذه الصياغة الى وقاية المشترى من التعرض لعقوبة جريمة خيانة الامانة فى حالة تصرفه فى المبيع .

ولا شك فى صحة البيع ، المضاف الى لجل واقف باتفاق مرحلى ، فى النظام القانونى الحالى ، الا انه لا يبدو ، مع ذلك ، ان الاطراف يلجأون عادة الى مثل هذه الصورة المعقدة لتنظيم علاقاتهم . وفى كل الاحوال فان الصيغة القانونية لتلك العملية لا يمكن ان تستنتج الا من عقد مكتوب يتضمن كل التفصيلات اللازمة لقيامها .

وعلى أية حال فان عملية من هذا القبيل لا تخول المشترى الحق فى التصرف الذى يعد الغاية الرئيسية من وراء التبادل التجارى . ولعل الحل الوحيد الذى يوفق فى ذات الوقت بين مصالح كل من البائع والمشترى ويضفى على علاقتهم الضمان القانونى الذى تقتضيه تجارتهم ، هو البيع المقترن بشرط فاسخ لعدم الوفاء بالثمن ، ويتضمن ، على سبيل الاحتياط ، شرطاً جزائياً .

ويخلص الفقه ، من ذلك ، فى النهاية ، انه يبدو من

التنـاقض الجمع بين لفظى البيـع والاحتفـاظ بالملكية فى عقد ينقل فيه البائع الى المشترى حق التصرف فى المبيع .

ولا تعد التفسيرات المقترحة ، كما قد يتبادر الى الذهـن ، نظاماً قانونياً معقداً ، اذا علمنا أننا نكون ، فى معظم الحالات ، أمام بيع عادى مقترن بشرط فاسخ وشـرط جزائى . يستتبع نقل ملكية المبيع ، وبالتالى ، تحمل تبعة هلاكه . فاللجوء الى فكرة الاجل الواقف ليس ضرورياً سوى فى حالات قليلة . وعلى أية حال فهناك عامل مشترك بين هاتين الطائفتين من البيوع مع الاحتفاظ بالملكية الا وهو امكانية وقوع الفسخ عند حلول اجل الوفاء بالثمن .

ويبدو ان البيع مع الاحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بالثمن هو ، فى جميع الحالات ، بيع بشرط فاسخ وشرط جزائى ، يقترن ، اذا حدد العقد ذلك ، بأجل واقف واتفاق منظم لعلاقات الاطراف قبل حلول الاجل ، يتمثل الشرط الفاسخ ، الذى يؤدى الى وقوع الفسخ بقوة القانون ، فى عدم الوفاء بكامل الثمن . ويتمثل الاجل الواقف فى موعد دفع كامل الثمن .

ان القول بوجود طائفتين من البيوع مع شرط الاحتفاظ بالملكية يوائم بين نظريتين : نظرية محكمة النقض فى القضاء السابق المتعلقة بأثر الشرط الموقف لنقل الملكية ، والنظرية التى تحصر أثر الشرط فى احقية البائع الذى لم يستوف الثمن فى اعمال الفسخ حتى ولم لم يوضع المشترى تحت التسوية القضائية . ويعد ذلك ، بالنسبة للبائع ، بمثابة ضمانة عينية (١).

**تعليق :**

تنطوى النظرية السابقة على جهد كبير لمحاولة تقصى كافة الفروض والمواقف التى يتم اللجوء فيها الى البيع مع الاحتفاظ بالملكية

---

(١) Y. Démourés, op. cit.

فهى نوع من الاستقصاء للصور المختلفة لاتفاقات الاطراف فى هذا المجال . ولا شك فى تعدد وتنوع هذه الصور انطلاقاً من طبيعة المعاملات التجارية وما تتسم به من سرعة ومرونة من جهة واستجابة لطبيعة موضوع التعامل من جهة أخرى ، وتوافقاً مع مقدار الثقة المتبادلة بين الاطراف من جهة ثالثة . ومن ثم فان هذه النظرية تتفق ، فى الواقع ، والطبيعة المتناقضة والمتغايرة للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية .

وينبغى ، مع ذلك ، الاقرار بالنظام القانونى المعقد الذى تنطوى عليه التفسيرات المقدمة ، باعتراف ، صاحب النظرية نفسه ، الذى يهون من ذلك بقوله ان الفرض الغالب للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو انه بيع معلق على شرط فاسخ . ويعد ، فى بعض الحالات الاستثنائية بيعاً مضافاً الى أجل واقف . أى ان النوع الاول هو الاصل نظراً لأن البائع لا يرمى ، كقاعدة عامة ، من وراء الاحتفاظ بالملكية الى وضع عقبة أمام المشترى تعوق انتفاعه بالمبيع والتصرف فيه . أما اذا أراد البائع ذلك بالفعل ، وهذا امر استثنائى ، فاننا نكون أمام بيع مضاف الى أجل واقف .

يتضح من ذلك أن النظرية المذكورة ليست سوى محاولة للتوفيق ، باقرار صاحبها ، بين عدة نظريات : الشرط الموقف لنقل الملكية ، البيع المعلق على شرط فاسخ ، البيع المضاف الى أجل واقف . ومن ثم فهى وان جمعت بين مزاياهن ، الا انها تتعرض لذات الانتقادات الموجهة اليهن (١) . أضف الى ذلك الصعوبات الناجمة عن عملية التوفيق والمصالحة بينهن داخل اطار واحد . ويزيد الامر صعوبة ما قد يضاف الى البيع من شروط واتفاقيات اضافية : شرط جزائى ، شروط تتعلق باستعمال المبيع والمحافظة عليه والتصرف فيه ، اتفاقات مرحلية تنظم العلاقة بين الاطراف فى فترة ما قبل الوفاء بالثمن . مما قد يوجدنا أمام عقد مركب أو عدة عقود غير متجانسة(٢) .

---

(١) انظر ما سبق ص ٢٢٨ ، ٢٣٤ ، ٢٤٣ .

(٢) Baroca, Manuel de la Clause de reserve de propriété, 1982, P. 46.

تقوم النظرية السابقة ، أخيراً ، على عدة افتراضات ضمنية فيما يتعلق باتفاقات الاطراف ، مما يزيد مهمة القضاء صعوبة بصدد التعرف على ارادة الافراد ، واضفاء الوصف القانونى عليها . بل ان مفاذ ذلك هو تحميل القاضى ، عملاً ، عبء البحث والتحرى ، بصدد كل فرض وموقف على حدة ليضفي عليه التكييف القانونى الملائم ، ومن ثم لا نكون قد قدمنا له عوناً أو أضفنا جديداً فى هذا المقام ، بل اعطيناه بعض الموجهات التى يخوض بها غمار البحث فى نصوص الاتفاق الصريحة وارادة الافراد الضمنية مستعيناً فى ذلك العرف التجايرى المرن والمتطور فى موضوع لم تستقر ابعاده بعد . ولا شك ان القضاء سيميل الى التفسير الضيق لاننا أمام مسألة ذات طبيعة استثنائية تخالف المبادىء العامة فى قانون البيع والافلاس والمساواة بين الدائنين .

لكل ذلك لا يكون أمامنا سوى الاتجاه نحو نصوص القانون الوضعى ، التى سيلتزم القاضى بتطبيقها ، للتعرف ، من خلالها ، على موقف المشرع من الطبيعة القانونية للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية .

# الفصل الثاني
## الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية
## في القانون الو ضعي

نعرض للمسألة ، على التوالى ، فى كل من القانون الفرنسى والقانون الالمانى والقانون المصرى .

## المبحث الأول

### موقف المشرع الفرنسي من الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ( قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ )

بالرغم من ان قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ هو ( القانون المتعلق بتنظيم آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فى عقود البيع ) فان نطاق تطبيقه ليس بهذا الاتساع ، فهو لا ينظم آثار الشرط فيما بين الاطراف ، بل فقط بالنسبة للغير فى اطار الاجراءات الجماعية للتسوية القضائية أو لتصفية الاموال .

اضف الى ذلك ان العنوان يتضمن كلمة « شروط » الاحتفاظ بالملكية فى عقود البيع مما يحمل على الاعتقاد بوجود عدة أنواع من الشروط ، بينما لا تتكلم المادة الاولى الا على « الشرط الموقف لنقل الملكية على دفع كامل الثمن » . يعكس هذا التباين فى الصياغة الصعوبات التى تواجه الشراح عند دراسة الشرط المذكور .

أياً ما كان الامر ، فانه يبدو أن مشكلة الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية وجدت لها حلاً بواسطة القانون المذكور نفسه الذى يشير فى مادته الاولى الى « وقف نقل الملكية الى أن يتم الوفاء بكامل الثمن » ، أى ان القانون جاء تجسيداً للموقف الذى تبنته محكمة النقض فى القضية السابقة (١) .

يذهب البعض الى ان المشرع بتبنيه تلك الصياغة يكون قد انحاز الى الاتجاه القائل بالأثر الواقف لشرط الاحتفاظ بالملكية دون الاثر الفاسخ . يبدو ذلك بوضوح من الاعمال التحضيرية للقانون (٢) . فالمادة الاولى من المشروع التمهيدى المقدم من Dubanchet تشيرالى الشرط المذكور على انه « شرط واقف » ، الا ان

---

(١) انظر ما سبق ص٢٣٣.

(٢) J. Ghestin. Reflexions..., op. cit., n. 8.

العبارة تم حذفها فى لجنة القوانين فى مجلس الشيوخ . عرض التقرير المقدم ، أمام الجمعية الوطنية من Charles Millon أثناء المناقشة السابقة على عملية التصويت ، التحليلات الثلاثة المحتملة للشرط : بيع معلق على شرط واقف ( دفع الثمن ) ، بيع معلق على شرط فاسخ ( عدم دفع الثمن ) ، شرط موقف لنقل الملكية فقط على الوفاء بالثمن . لم يقترح المقرر أى خيار لأى منهم ، الا انه حدد أثناء المناقشة ، « ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف يتمثل فى الوفاء بكامل الثمن» . وقد حدد Mourot ، باسم الحكومة ، أثناء تقديمه اقتراحاً بتعديل النص ليصبح فى صورته الحالية ، انه « من بين اهدافه وضع تعريف لشرط الاحتفاظ بالملكية ، الذى لم يتم تحديد مضمونه حتى تلك الحين بأى نص قانونى » . ويتضح من النص انه يقصد وقف نقل الملكية . وأخيراً فان مقرر لجنة القوانين بمجلس الشيوخ M.Rudloff أصر بدوره على أهمية التعريف الوارد بالتعديل الحكومى ، مبيناً انه يتفق مع قضاء النقض (١) الصادر فى ٢٠ نوفمبر ١٩٧٩ فى قضية Mecarex (٢). وينتهى الفقه الى ان الفائدة من قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ تقتصر ، بلا شك على طائفة الشروط التى توقف نقل الملكية دون تلك التى تقضى بفسخ البيع فى حالة عدم الوفاء بالثمن (٣) .

السؤال الهام الذى يطرح نفسه ، فى هذا المقام ، هو هل يقتصر

---

(١) Exposé des motifs de la proposition de loi n. 407, annexe P.V. seance 13 juin 1978, P. 7: " La résérve de propriété qui postule la Vente sous condition suspension" V. Rapport Ruddolf, annexe n.4, au P.V. de la séance du 17 déc.1979.

(٢) انظر ما سبق ص ٢٣٣.

(٣) J. Ghestin, op. cit.

تطبيق القانون المذكور على حالة الشرط الذى يوقف نقل الملكية فقط أم يمتد تطبيقه الى الشرط الذى يوقف انعقاد العقد ككل(١) ؟

يفترض القانون « شرطاً موقفاً لنقل الملكية على دفع كامل الثمن "Une Clause suspendant de transfert de propriété au paiement intégral du prix" وهذا هو الحكم بداهة اذا نص الشرط على ذلك . ونفس الحكم اذا أوقف الشرط تكوين العقد أو تنفيذه على الوفاء بكامل الثمن . وبعبارة أخرى فان الشرط الذى يلحق العقد ذاته يدخل ، من باب أولى ، فى نطاق تطبيق القانون (٢) .

حقاً أن عبارة النص تتكلم عن البضاعة المبيعة ، الا انه لا يفرق فى الحكم بين ما اذا كان البيع بسيطاً أم شرطياً أم لأجل . ومن ثم فليس للفقه أن يفرق فى الموضع الذى لا يفرق فيه القانون . أما عن الاعمال التحضيرية فانها تتضمن ثلاثة تحليلات من بينها اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية شرطاً موقفاً لعقد البيع(٣) . من المؤكد ان البرلمانيين ، مثل القانون ذاته ، يقصدون أصلاً وقف انتقال الملكية(٤) . الا انهم اشاروا أيضاً ، بطريقة عابرة ، الى الشرط كوصف للعقد أى يلحقه ككل . وعلى أية حال فان ذلك لا يعنى استبعاد الشرط المؤدى الى النتيجة المرجوة من خلال ارتباطه بعقد البيع ذاته ، فمن يستطيع الاكثر يستطيع الاقل . ذلك ان تعليق عقد البيع على دفع الثمن يؤدى ، فى ذات الوقت ، الى تعليق انتقال الملكية (٥) .

يؤدى التكييف المذكور الى نتيجة هامة مؤداها تحمل البائع تبعة

---

(١) انظر للتفرقة بينهما ما سبق ص ٢٣٣.

(٢) J. Ghestin, op. cit, n. 17.

(٣) Rapport Millon, Document, n. 1492, annexe au P.V. de la séance du 17 déc. 1979. P. 5

(٤) Millon, ass. nat. Séance 18 avr. 1980, J.O.P. 568, Col. 2.

(٥) J. Ghestin , op. cit ., n.17.

هلاك المبيع ، رغم تسليمه للمشترى ، لأنه يظل مالكاً له الى حين استيفاء الثمن . وأمام خطورة ذلك الوضع فان مصلحة البائع تقتضى تكملة شرط الاحتفاظ بالملكية بشرط اضافى يقضى صراحة بتحمل المشترى تبعة الهلاك . ولا شك فى صحة هذا الشرط لان قاعدة هلاك الشىء على المالك ذات طبيعة مكملة . ويقضى المنطق بامكان الاتفاق على ما يخالفها لانها تستند أساساً الى الارادة المفترضة للأطراف(١)

وينتقد البعض موقف المشرع استناداً الى أن النظرية التى تعتبر البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بيعاً مع وقف نقل الملكية لم تفسر ، كما سبق وعرضنا (٢) ، الاساس الذى يستند اليه المشترى ، الذى لم يصبح بعد مالكاً ، فى الاستعمال والتصرف فى المبيع المحتفظ بملكيته .

ان ذهن المشرع لم يتجه بالتأكيد الى تنظيم العلاقة بين البائع والمشترى ، الا انه كان من الافضل ، بلا شك تبنى صياغة أكثر حياداً من تلك الواردة كعنوان للقانون مثل « البضاعة المباعة مع الاحتفاظ بملكيتها لحين سداد كامل الثمن » (٣). وقد وردت تلك الصياغة بالفعل فى المادة الثالثة من القانون (٤)

ان الفاظ المادة الاولى من القانون تبدو غير متناسقة مع أحكام القانون نفسه الذى يفرض على المشترى ، فيما يتعلق بالجانب

---

(١) H.L. et Mazeaud, Leçons ..., T.2, 6eme éd., 1er Vol., n. 114 et 122- R.Juan- Bonhomme , Le transfert des risques dans la Vente de meubles Corporels, thèse, Montpellier 1978, P. 157 à 161.

(٢) انظر ما سبق ص ٢٣٧ .

(٣) "Les marchandises Vendues avec réserve de propriété jusqu'au paiement intégral du prix".

(٤) Y.Demourés, op. cit. n. 64.

الحسابى والمالى ، التزامات المالك . أراد المشرع ، فى الواقع ، بيان ان شرط الاحتفاظ بالملكية لا يغير شيئاً بالنسبة لوقت الواقعة المنشئة للضريبة ، حيث تتمثل تلك الواقعة ، دائماً ، فى التسليم المادى ولو كان البيع خالياً من شرط الأحتفاظ بالملكية. اضف الى ذلك أن المشرع ، بهدف أعلام الغير ، يوجب قيد البضاعة المحتفظ بملكيتها فى جانب مستقل عن الاموال التى يمتلكها المشترى . ويعنى ذلك اعتراف المشرع ضمناً بملكية المشترى لها (١) . مؤدى ذلك ان قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ يعترف بأن البضاعة المحتفظ بملكيتها تدخل فى الذمة المالية للمشترى .

ويخلص هذا الفقه من كل ذلك الى نتيجة واحدة هى ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مقترن بشرط فاسخ صريح (٢) هو عدم دفع الثمن فى الميعاد . يؤدى تحقق الشرط الى فسخ البيع . يمكن أن ينفسخ البيع جزئياً أى يقتصر على البضاعة الموجودة على حالتها العينية . ومؤدى عبارات قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ان الملكية ، وبالتالى تبعة المخاطر ، تنتقل الى المشترى (٣) .

لم يتعرض المشرع لمسألة ما اذا كان البائع ، الذى استرد البضاعة فى حالة عدم استيفاء ثمنها ، ملزماً برد الاقساط التى تلقاها من الثمن أم يحتفظ بها على سبيل التعويض . يمكن القول بان شرط الاحتفاظ بالملكية يقوم مقام الشرط الجزائى ، ويستطيع القاضى التدخل لتقدير مقدار التعويض الذى يستحقه البائع . وهو بالنسبة

(١) ولو كان الامر على غير ذلك لكان من الواجب معاملة هذه البضاعة بنفس الطريقة التى تعامل بها البضاعة موضوع التأجير الائتمانى Leasing ولا تندرج ، بالتالى ، ضمن موجوداته أو أصوله .

(٢) Vente avec pacte Commissoire .

(٣) Y. Demoures, op. cit ., n. 67.

لهذا التعويض ، يدخل ضمن جماعة الدائنين وينبغى ان يخضع لنفس الاحكام (١) .

**تعليق :**

يتضح مما سبق ، طبقاً للاتجاه الغالب فى الفقه ، ان عبارات قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ واعماله التحضيرية تكشف عن اتجاه المشرع الفرنسى الى الاخذ بالنظرية التى سبق أن تبنتها محكمة النقض حيث ترى ان شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية لحين الوفاء بالثمن . يقر الفقه المعارض بتلك النتيجة رغم انتقاده لها ومحاولته الوصول الى تكييف آخر من خلال البحث عن النية المفترضة ، غير الصريحة للمشرع ، التى تنم عن ان البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مقترن بشرط فاسخ صريح . والواقع ان محكمة النقض قد تعرضت صراحة لتلك النقطة ورفضت بوضوح فكرة الشرط الفاسخ (٢).

لعل بحث موقف القانون الالمانى يزيد الامر وضوحاً فى هذا الشأن .

---

(١) انظر ما سبق ص ١٦٤.
(٢) انظر ما سبق ص٢٣٣.

# المبحث الثانى

## الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون الالماني

ان معرفة الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية فى القانون الالمانى تقتضى الانطلاق من معطيات مختلفة واتباع منهج مغاير عن ذلك الذى سلكناه فى القانون الفرنسى ، لاختلاف طبيعة النظام القانونى فى كل من البلدين من جهة ، والمكانة التى يحتلها الشرط المذكور ومدى تطوره من جهة أخرى . يقتضى الامر توافر مكنات للبحث سواء فيما يتعلق باللغة أو بالتخصص أو بالموضوع وهذا ما لا ندعيه . لذا نكتفى ، فى هذا المقام ، بذكر النصوص القانونية وابداء بعض الملاحظات الفقهية التى قد تعين على القاء الضوء اللازم لابداء المقارنة مع هذا القانون باعتباره مثلاً يحتذى فى تنظيم الموضوع ضمن نصوص القانون المدنى منذ أمد بعيد مما جعله يحتل مكانة بارزة ومتطورة فى النشاط الاقتصادى والفكر القانونى عامة وعلى الساحة القضائية خاصة .

**النصوص القانونية (١) :**

تقضى المادة ٤٣٣ بأن « يلتزم البائع ، بمقتضى عقد البيع بتسليم الشىء المبيع وبنقل ملكيته للمشترى . واذا ورد البيع على حق التزم البائع بنقله للمشترى . واذا اقتضى هذا الحق حيازة شىء وجب على البائع تسليمه . يلتزم المشترى بدفع الثمن المتفق عليه للبائع وبتسلم الشىء المبيع » .

تنص المادة ٩٢٩ على انه « يلزم لنقل ملكية الشىء المنقول قيام المالك بتسليمه للمشترى اعمالاً للاتفاق المبرم بينهما . وتنتقل الملكية

---

(١) G. Meissner, op. cit.

بمجرد اتفاق الطرفين اذا كان الشىء موجود سلفاً فى حيازة المشترى» .

وتقضى المادة ٤٥٥ بأنه « اذا احتفظ بائع المنقول بملكيته الى حين الوفاء بالثمن ، فينبغى ، عند الشك ، اعتبار نقل الملكية معلقاً على شرط صريح هو دفع كامل ثمن المبيع ، وللبائع الحق فى فسخ العقد اذا تأخر المشترى عن الوفاء » .

يبدى الفقه ، فى هذا المقام ، عدة ملاحظات وتساؤلات قد تعين على بيان مركز شرط الاحتفاظ بالملكية وطبيعته فى القانون الالمانى :

**أولاً** : يتضمن البيع ، فى القانون الالمانى ، عقدين : الاول هو عقد التزامات ؛ التزام البائع بنقل ملكية الشىء وتسليمه ، التزام المشترى بدفع الثمن وبتسلم المبيع . يرد العقد الثانى على نقل الملكية ، ويتم ذلك بوضع المال بين يدى المشترى . يفرق القانون اذن بين العقد المنشىء للالتزامات Schuldrechtlichen Vetrag ونقل الملكية ذاته dinglichen Vetrag الذى يعد عقداً عينياً . يبدى القضاء مرونة واضحة بصدد هذه التفرقة فى حالة بيع المنقول حيث يتم العقدان فى تصرف قانونى واحد (١) .

يثور التساؤل عما اذا كانت هذه العملية الثانية تعد عقداً بالمعنى الدقيق أم هى مجرد اجراء مادى لتنفيذ عقد البيع ، كتصرف قانونى يرتب أثراً معيناً هو نقل ملكية الشىء المبيع ؟ ولعل ما يؤكد ذلك هو أن اتفاق الاطراف على احكام البيع ، بما فى ذلك شروط التسليم ، ينبغى أن يتم عند ابرام عقد البيع . أى ان المناولة تبقى العملية المادية للتسليم المتضمن لنقل الملكية (٢).

طبقاً للمادة ٩٢٩ تنتقل ملكية الشىء المبيع ، الموجود سلفاً فى

---

(١) نفس الموضع .

(٢) Y. Démourés , op. cit. n. 69 .

حيازة المشترى ، بمجرد تبادل التراضى بين الاطراف ، دون حاجة الى اجراء عملية التسليم . الا يدل ذلك على ان تلك العملية لا تضيف اى عنصر رضائى مكمل للبيع ؟ الا يدل ذلك على أن عملية المناولة ليست عقداً بل هى مجرد تصرف مادى ؟ وطبقاً لصدر المادة ٩٢٩ فان التسليم يؤدى الى نقل الملكية بشرط وجود اتفاق مسبق بين الاطراف على ذلك النقل . أى ان التسليم وحده لا ينقل الملكية بل ينبغى أن يتم ذلك تنفيذاً لعقد البيع . يمكن أن يتم التسليم بمناسبة عقود أخرى غير البيع مثل الايجار والوديعة والعارية ، وليس لمتلقى الشىء فى هذه العقود أن يدعى انتقال ملكيته له بمجرد تسلمه اياه لعدم وجود اتفاق على نقل الملكية بينه وبين المالك (١) .

**ثانياً** : يكشف شرط الاحتفاظ بالملكية ، فى القانون الالمانى ، عن عملية الفصل الجوهرية ، داخل كل بيع ، بين العقد المنشىء للالتزامات Kaufvertag من جهة والتصرف المجرد الناقل للملكية من جهة اخرى ïbereignung (٢). يثور التساؤل حول موقع شرط الاحتفاظ بالملكية فى عقد البيع الالمانى . هل يوجد فى العقد الاول أم فى العقد الثانى أى فى التصرف الاول أم فى التصرف الثانى ؟

يتم الاتفاق على الشرط ، عادة ، فى العقد المنشىء للالتزامات . حيث يجوز للبائع أن يشترط ، أثناء ابرام العقد ، الاحتفاظ بملكية المبيع لحين سداد الثمن ، ولا يجوز له ، كأصل عام ، أن يقتضى أى شرط اضافى لحظة تسليم المبيع بما فى ذلك شرط الاحتفاظ بالملكية . ولا يمكن تصور الامر على غير ذلك الا اذا ابرم البيع دون منح المشترى أجل للوفاء بالثمن ، ورفض البائع تسليم المبيع الا بشرط الاحتفاظ بملكيته ، وحتى فى هذه الحالة فان الامر لا يعدو أن يكون

---

(١) Y.Démourés , op. cit. n. 69.

(٢) M. Pédamon, Rapport ..., op. cit .

ملحق أو تعديل للعقد الاول (١) . وينبغي ، مع ذلك ، ملاحظه ان الشرط الموقف لنقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن ، رغم وجوده فى العقد الأول ، الا ان أثره ينحصر فى التصرف المجرد . ويتضح من ذلك ان شرط الاحتفاظ بالملكية يتعلق ، فى ذات الوقت ، بكل من قانون الالتزامات ، وقانون الاموال ، وقانون التأمينات (٢).

**ثالثاً** : ان شرط الاحتفاظ بالملكية ، فى القانون الالمانى ، يعد نظاماً قانونياً معقداً ولا يمكن فصله عن الاطار الموجود فيه ، فهو يحتل مكانته ، فى الواقع بحكم وظيفته الاقتصادية ، ضمن مجموعة التأمينات التى ترد على المنقولات دون حيازتها (٣)، الى جانب نقل الملكية وحوالة الحق على سبيل الضمان (٤).فكل هذه التأمينات تحتل مكانة هامة فى القانون الالمانى حيث تطورت ، على مر السنين ، استجابة لاحتياجات الواقع العملى ومقتضيات الائتمان . فهى بينما تعد فى القانون الفرنسى مجرد استثناء تنظمه قوانين خاصة(٥) ، تظهر وتتطور فى المانيا بشكل سريع ومتزايد دون نص بل بالمخالفة للنصوص القائمة احياناً . ومن ثم فان كل منها يمكن ان يأخذ اشكالاً متعددة ومتنوعة . فشرط الاحتفاظ بالملكية يظهر ، أحياناً فى صورته البسيطة(٦) ، ويظهر أحياناً أخرى فى صورته الممتدة أو المتسعة ، حيث يمكن أن يمتد ليشمل البضاعة المحولة أو المركبة أو المصنعة (٧)، ويمتد

---

(١) Y. Démourés , op. cit.

(٢) M. Pédamon, op. cit.

(٣) انظر ما سبق ص ٦٨ . Les sûretés mobilières sans dépossession

(٤) Le transfert fiduciaire de propriété ( Scherugsübereignug)- La Cession fiduciaire de Créances ( Sicherungsabretung) .

(٥) انظر ما سبق ص٧٧ ، ١٩٤ .

(٦) أى الذى يقتصر على ضمان سداد ثمن البضاعة المحتفظ بملكيتها فقط ، و بشرط أن تظل باقية على حالتها العينية ، انظر ما سبق ص .

(٧) انظر ما سبق ص ١٤٦ .

ليشمل اعادة بيع البضاعة من خلال حوالة الحق فى ثمنها (١) . ويمكن ان يتسع لضمان كل ديون المشترى قبل البائع بل وديون المشترى قبل الموردين الآخرين الذين يرتبطون بالبائع (٢). لذا يبدو من الصعب ، بل ومن الخطأ ، محاولة البحث عن تكييف قانونى واحد ، عبر الانظمة القانونية التقليدية و على غرار القانون الفرنسى ، لشرط الاحتفاظ بالملكية فى القانون الالمانى .

**رابعاً** : ان المركز القانونى لكل من البائع والمشترى فى البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية فى القانون الالمانى ، يختلف تماماً عن نظيره فى القانون الفرنسى ، فهذا المركز ، بالاضافة الى تغايره وتنوعه طبقاً لنوع وطبيعة الشرط ، يخول كل من طرفيه حقوقاً متميزة غن تلك المتعارف عليها فى القانون الفرنسى .

يرى الفقه ان وجود الشرط المذكور يؤدى الى الفصل ، فى الملكية ، بين المكنات التى تتعلق بالضمان وباعمال الحق من جهة والمكنات التى تتعلق بالحيازة المباشرة للحق والانتفاع به من جهة اخرى . فالأولى تظل للبائع بينما تنتقل الثانية للمشترى . ينبغى التفرقة بين الشكل القانونى للنظام وغايته الاقتصادية ، فاللمكية تؤدى دورها فقط كأداة ضمان للحق ، وتقوم ، فى الحقيقة ، بدور التأمين (٣).

يكون للبائع المحتفظ بالملكية الحق فى فسخ العقد ، واسترداد المبيع ، بارادته المنفردة ، فى حالة تأخر المشترى عن الوفاء بالثمن ، بالاضافة الى حقه فى التعويض عن استعمال المبيع وتدهور قيمته . وللبائع الحق فى اعادة بيع البضاعة للغير والاعتراض على الحجز الذى يوقعه دائنو المشترى عليها . وللبائع الحق فى استرداد المبيع من

(١) انظر ما سبق ص١٩٠ .
(٢) انظر ما سبق ص ١٩٢.
(٣) Ortscheid, op. cit .

التفليسة أو التسوية القضائية للمشترى . ويستطيع البائع الاستفادة من مركزه القانونى للحصول على الائتمان اللازم (١) .

ويكون المشترى ، فى ذات الوقت ، صاحب حق يسمى Anwartschaftsrecht يمثل قيمة اقتصادية معينة يمكن بمقتضاه الحصول على الائتمان ، ويمكنه التصرف فيه وطلب حمايته . فالمشترى يستطيع ، كقاعدة عامة ، استعمال المبيع والتصرف فيه (٢) .

**خامساً :** تقضى المادة ٤٥٥ بأنه « ينبغى ، عند الشك ، اعتبار نقل الملكية معلق على الشرط الصريح بدفع كامل الثمن » . تكشف تلك الصياغة عن صعوبة قبول المشرع الالمانى لفكرة عدم انتقال ملكية المنقول الذى يتم تسليمه للمشترى اعمالاً للاتفاق المبرم بينه وبين البائع ، حتى مع وجود شرط الاحتفاظ بالملكية . وتبدو تلك الروح بوضوح من استخدام صيغة الشك فى النص . ويؤكد ذلك تفتق العمل عن نظم تبيح للمشترى ولو ضمناً ، استعمال المبيع والتصرف فيه ، رغم احتفاظ البائع بملكيته ، لتفادى الاثار السلبية للشرط المذكور .

يستنتج البعض ، من ذلك ان شرط الاحتفاظ بالملكية ، فى النظام القانونى الالمانى ، يبدو اساساً كمكنة بيد البائع لفسخ البيع فى حالة عدم الوفاء بالثمن ( طبقاً لصريح نص المادة ٤٥٥ ) واسترداد البضاعة موضوع العقد . ويأخذ البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، فى معظم الحالات، صورة البيع المقترن بشرط فاسخ هو عدم دفع الثمن . ان تعليق نقل الملكية على دفع كامل الثمن يعد أمراً استثنائياً ، سواء قام الشك حول طبيعة العقد أم تم تحديد طبيعة العلاقات بدقة بين

---

(٢،١) انظر ما سبق ص ٨٥ ، ٦٨ ، ١٩٧ .

الاطراف فى هذه المرحلة وخاصة فيما يتعلق ببيان حقوق المشترى فى مرحلة ما قبل ترتيب آثار البيع كاملة . وقد يوحى ذلك بأننا أما بيع مضاف الى أجل ، يؤجل فيه ترتيب آثاره الى حين حلول ميعاد دفع الثمن . وقبل حلول ذلك الاجل يثور التساؤل حول طبيعة العقد الذى يحكم العلاقة بين الطرفين . لا شك ان تكييف العقد يتوقف ، طبقاً للقواعد العامة على طبيعة ومضمون الشروط الواردة فيه من جهة (١) وتحديد اللحظة التى تدخل البضاعة المحتفظ بملكيتها ، فى الذمة المالية للمشترى من جهة أخرى .

ويجيب البعض الآخر ببساطة على هذا التساؤل بقوله ان القانون الالمانى يفرق بين العقد المنشىء للالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية ذاته . ينعقد العقد الاول باتا وليس معلقاً على شرط . أما العقد الثانى ( العينى) فينعقد معلقاً على شرط قيام المشترى بدفع كامل ثمن المبيع (٢) .

والواقع انه ، كما ذكرنا (٣)، من الخطأ محاولة وضع شرط الاحتفاظ بالملكية ، فى القانون الالمانى ، داخل تكييف قانونى تقليدى ، على منوال نظيره الفرنسى الذى يتسم نسبياً بالبساطة . ولا شك ان كل محاولة تبدو منطقية على ضوء الزاوية التى ينظر اليه منها والموقف الذى تواجهه ، الا انها لا يمكن ان تستوعب جوانب هذا الشرط المعقد والمتطور . لذا ينبغى دراسته داخل اطاره الاقتصادى ، وتناول أحكامه فى ذاتها كنظام قانونى متميز وفريد (٤)

---

(١) Y. Démoures , op. cit.

(٢) G. Meissner, op. cit.

(٣) انظر ما سبق ص ٢٦٨ .

(٤) Stumpf, op. cit.

## المبحث الثالث

## الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية في القانون المصري

تنص المادة ١/٤٣٠ مدنى على انه « اذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع ان يشترط ان يكون نقل الملكية الى المشترى موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم التسليم » .

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « تجيز المادة أن يشترط البائع ، اذا كان الثمن مؤجلاً ، ان يحتفظ بالملكية الى أن يستوفى كل الثمن ، حتى ولو سلم المبيع قبل ذلك . وهذا ضمان تلجأ اليه عادة الشركات التى تبيع سلعاً بالتقسيط – كالآلات وعربات النقل والأراضى التى تباع باثمان مقسطة . فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن ابلغ فى الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت[1] » .

لعل فهم موقف المشرع المصرى من المسألة يكون اكثر وضوحاً من خلال مقارنته بموقف نظيره الفرنسي والالمانى ، ويقتضى ذلك استعادة ذكر النصين المعنيين فى هذين القانونين .

تنص المادة ٦٥ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ الفرنسى ، المعدلة بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، على انه يجوز للبائع ، حتى بعد الحكم بشهر افلاس المشترى (٢) ، استرداد البضاعة ، التى باعها مع شرط وقف نقل ملكيتها لحين استيفاء كامل الثمن ، اذا ظلت محتفظة بحالتها العينية . ويلزم أن يكون الاتفاق على الشرط المذكور قد تم بين

---

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٤ ص٤٩.

(٢) بشرط أن تتم المطالبة فعلاً خلال ثلاثة اشهر من تاريخ الحكم . م ١١٥ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ .

الاطراف كتابة قبل أو وقت تسليم البضاعة . وجاء قانون ٢٥ يناير١٩٨٥ ليعيد نفس الصياغة فى المادة ١٢١ .

تقضى المادة ٤٥٥ من القانون المدنى الالمانى بأنه « اذا احتفظ بائع المنقول بملكيته الى حين الوفاء بالثمن ، فينبغى ، عند الشك ، اعتبار نقل الملكية معلقاً على شرط صريح هو دفع كامل ثمن البيع . وللبائع الحق فى فسخ العقد اذا تأخر المشترى عن الوفاء » .

**يمكننا على ضوء مقاونة تلك النصوص ابداء الملاحظات الآتية :**

**أولاً :** حصرت نصوص القوانين الثلاثة الغرض من شرط الاحتفاظ بالملكية فى ضمان استيفاء الثمن مع انه من المتصور ، كما ذكرنا ، النص على الشرط لتحقيق اهداف أخرى (١) .

حصر كل من القانون الفرنسى والالمانى مجال اعمال الشرط فى حالة البيع الوارد على المنقول ، بينما جاء نص القانون المصرى اكثر عموماً ، ومن ثم يجوز الشرط فى بيع العقار ، وهذا ما أشارت اليه الاعمال التحضيرية بالفعل (٢) .

وقد رأينا أن اهمية تنظيم هذا الشرط تكمن بالنسبة للمنقول لتسهيل استرداده من أموال تفليسة المشترى لامتناع ذلك فى الاصل (٣) . أما العقار فلا توجد حاجة ملحة لهذا الشرط حيث يمكن الاستغناء عنه بارجاء التسجيل لتأخير نقل الملكية ولا يدخل العقار بالتالى ضمن الذمة المالية للمشترى المفلس ويستطيع البائع استرداده بعد التمسك بفسخ البيع اعمالاً للشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه فى عقد البيع (٤) .

---

(١) انظر ما سبق ص ١٩.
(٢) انظر الاعمال التحضرية ما سبق هامش ١ ص ٢٧١.
(٣) انظر ما سبق ١٠٩.
(٤) انظر ما سبق ص ٢٣ .

ثانياً : ان شرط الاحتفاظ بالملكية ، فى القانون المصرى ، يبدو عديم الاهمية ، ويندر عملاً اللجوء اليه لعدة أسباب : يرفض القضاء اعماله فى حالة افلاس المشترى ، ومن ثم لا يجوز للبائع استرداد المبيع فى هذه الحالة . يسقط حق البائع فى الاسترداد أيضاً اذا اكتسب الغير على المنقول حقاً عينياً واستند الى حيازته له بحسن نية ، ونفس الشىء اذا فقد المبيع حالته العينية بالتحول أو الاندماج . ونفس الحكم فى القانون الفرنسى وان كان المشرع قد أجاز حديثاً التمسك بالشرط قبل جماعة دائنى المشترى المفلس (١) . أما القانون الالمانى فقد شهد استقرار الشرط المذكور وتطوره فى العمل بشكل ملحوظ ، دون التقيد بالنص القائم ، ليوفق بين ضمان حق البائع من جهة ، وحقوق المشترى على البضاعة من جهة أخرى ، وحرية النشاط التجارى والصناعى ومقتضيات الائتمان من جهة ثالثة (٢) .

ثالثاً : لم ينظم القانون المدنى الفرنسى شرط الاحتفاظ بالملكية ، الا انه ظهر فى العمل واقره الفقه والقضاء استناداً الى مبدأ الحرية التعاقدية وعدم تعلق نقل الملكية بالنظام العام (٣) . ونفس الحكم بالنسبة للقانون المدنى المصرى القديم حيث لم يتضمن نصاً فى هذا الخصوص الا ان الحكم كان معمولاً به دون نص (٤) . جاء الحكم فى القانون المدنى الحالى تأثراً بما كان يجرى عليه العمل فى المحاكم (٥) . ولا يعقل القول بأن المشرع قد تأثر فى صياغته بالقانون الفرنسى حيث لم تكن هناك صياغة أصلاً فى هذا القانون (٦) . ولعله من

---

(١) انظر ما سبق ص ١١٢ .

(٢) انظر فى هذه الاحكام ما سبق ص ٦٨ ، ١٤٥ ، ١٩٠ .

(٣) انظر ما سبق ص ١٨ .

(٤) السنهورى جـ ٤ ص ٢١٨.

(٥) السنهورى جـ ١ ص٩٦ ، سليمان مرقس ، البيع ، ص١٠٩.

(٦) لعل التأثير كان بطريقه غير مباشرة ، حيث أخذ المشرع المصرى بما ذهبت اليه احكام المحاكم التى تأثرت بدورها بالقضاء الفرنسى . ولعل المشرع استهدى بنص المادة ٣٣١ من المشروع الفرنسى الايطالى .

العجيب ان محكمة النقض الفرنسية عندما تعرضت ، حديثاً ، لطبيعة الشرط المذكور استخدمت نفس صياغة النص المصرى . وجاء المشرع الفرنسى الحديث ليستخدم نفس الصياغة تقريباً : « الشرط الموقف لنقل الملكية على استيفاء كامل الثمن » . يشترط أن يكون نقل الملكية موقوفاً على استيفاء الثمن كله ( مصرى) (١) .

ويترتب على ذلك انه يمكن القول بأن كافة الاجتهادات المبداة فى القانون الفرنسى سواء بصدد أحكام الشرط أو طبيعته القانونية تنطبق على القانون المصرى باستثناء دعوى الاسترداد فى حالة افلاس المشترى . ومن هنا تكمن اهمية الدراسة بالنسبة لمستقبل الشرط فى حياتنا القانونية والاقتصادية .

**رابعاً** : يقال ان القانون المصرى تأثر ، فى هذا المقام ، بالقانون الالمانى (٢) . والواقع ، كما رأينا ، ان المشرع المصرى تأثر بالقضاء الصادر فى ظل التقنين المدنى القديم ، دون نص ، تأثراً بالقضاء الفرنسى (٣) . ويوجد خلاف جوهرى بين القانون المصرى والقانون الالمانى سواء فيما يتعلق بالنظام القانونى ذاته أو بطبيعة الشرط ومكانته كأداة ضمان ضمن مجموعة التأمينات التى ترد على المنقول دون حيازته (٤) . أضف الى ذلك اختلاف صياغة النص ذاتها . فالقانون الالمانى ينظر الى الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان الا ان ذلك لا يمنع ، من حيث المبدأ ، انتقالها الى المشترى . ويعد تعليق نقل الملكية على سداد الثمن أمراً استثنائياً . ويجوز للبائع فسخ العقد بارادته المنفردة أى أن المشرع الالمانى يعامل شرط الاحتفاظ بالملكية

---

(١) انظر النصوص السابقة ص ٢٧١ .
(٢) نبيل سعد ، الضمانات غير المسماة ، ص ١٧٧ ، ٢٤٨.
(٣) انظر ما سبق ص ٢٧٣.
(٤) انظر ما سبق ص ٦٨ .

معاملة الشرط الفاسخ الصريح (١) . اما فى القانون المصرى يخضع الفسخ للقواعد العامة وليس للبائع اعماله بارادته المنفردة الا بمقتضى شرط فاسخ صريح فى العقد .

**خامساً** : ذهب البعض الى ان البيع ، الذى تنظمه المادة ٤٣٠ مدنى مصرى ، غير بات بل معلق على شرط واقف هو وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المحدد . وتنتقل ملكية المبيع معلقة على شرط واقف الى المشترى . ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ . وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد ، هو وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المحدد . فاذا تحقق الشرط الواقف انتقلت الملكية بأثر رجعى الى المشترى ، وتحقق فى الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت ملكيته عن البائع بأثر رجعى أيضاً (٢) .

ينتقد البعض هذا الرأى استناداً الى أنه يصعب القول بوجود ملكية معلقة على شرط فاسخ وشرط واقف فى آن واحد (٣) . ونرى ان هذا النقد فى غير محله لانه من المقرر ان الالتزام المعلق على شرط واقف ، بالنسبة لاحد الطرفين ، يكون فى ذات الوقت ، معلقاً على شرط فاسخ بالنسبة للطرف الآخر ، فكل شرط واقف يتضمن وجود شرط فاسخ ، سواء كان ذلك فى الالتزام أو فى الحق العينى . وينطبق ذلك؛ بطبيعة الحال على الالتزام بنقل الملكية (٤) .

والواقع ان الرأى السابق تأثر بالنظرية القديمة ، بصدد تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية ، فى الفقه والقضاء الفرنسيين . ولكن هذه النظرية ، تم هجرها فقهاً وقضاءاً لتعرضها للكثير من الانتقادات

---

(١) انظر ما سبق ص٨٦.
(٢) السنهورى جـ ٤ ص ٢٢٠.
(٣) نبيل سعد ، المرجع السابق ، ص ١٨٥ .
(٤) السنهورى جـ ٣ ص ٣٨ فقرة ١٧.

وعدم توافقها مع التطور الحديث للشرط المذكور ، كما سبق وعرضنا من قبل (١) .

ذهب اتجاه أخر فى الفقه المصرى الى القول بأن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ينعقد باتاً ، لا موقوفاً على شرط ، طبقاً لصريح نص الفقرة الاولى من المادة ٤٣٠ ، وغاية الامر ان الثمن فيه يكون مؤجلاً وان انتقال الملكية يكون موقوفاً على وفاء الثمن . اما باقى التزامات البائع والمشترى فانها تكون منجزة طالما لم ينص العقد على غير ذلك (٢) .

وتلك هى النظرية التى اخذت بها محكمة النقض الفرنسية ثم المشرع الفرنسى حديثاً (٣) . لذا فمن الراجح الاخذ بها فى القانون المصرى لوحدة صياغة العبارات المستخدمة سواء فى النصوص أو فى القضاء . وقد تعرضت هذه النظرية بدورها لكثير من الانتقادات كما ذكرنا (٤) .

وليس صحيحاً اتجاه البعض (٥) ، تأثراً باتجاه حديث فى الفقه الفرنسى (٦) ، الى اعتبار البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية بيعاً مضافاً الى اجل واقف لنفس الانتقادات الموجهة لتلك النظرية من قبل (٧) . أضف الى ذلك تعارضها الواضح مع صريح نص الفقرة الاولى من المادة ٤٣٠ مدنى .

---

(١) انظر ما سبق ص٢٢٢ ، ٢٢٧.

(٢) سليمان مرقس ، المرجع السابق ص١١٠.

لعل هذا التكييف يواكب شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط ، وهو الصورة الغالبة فى العمل فى ظل ضعف التنظيم الحالى .

(٣) انظر ما سبق ص ٢٣٢ ، ٢٥٨ .

(٤) نفس الموضع .

(٥) نبيل سعد ، نفس المرجع ، ص ١٩١ ، ابراهيم دسوقى أبو الليل ، المرجع السابق ص ٢٨٨.

(٦) J. Gheestin, Reflexions , op. cit , n. 21.

(٧) انظر ما سبق ص ٢٤٣ .

ونحن نرى انه من الصعب ، بل ومن الخطأ ، محاولة وضع تكييف موحد للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية حيث يختلف الامر بحسب الفروض والمواقف نظراً لأن المسألة لا تتعلق بالنظام العام وتتسم بالمرونة والتطور لاتصالها بالمعاملات التجارية وعلاقات الائتمان . ومن ثم فان للأطراف حرية ، تنظيم العلاقة بالطريقة التى يرتضونها على ضوء طبيعة العلاقة والهدف منها . فالبيع يمكن أن يكون معلقاً على شرط فاسخ اذا تم نقل كل سلطات الملكية من استعمال واستغلال وتصرف للمشترى (١) ، أو معلقاً على شرط واقف أو مضافاً الى أجل فى الفرض العكسى الذى يخطر البائع على المشترى استعمال المبيع أو التصرف فيه قبل سداد الثمن (٢) . فالقاضى يستطيع اجراء التكييف الصحيح للعقد على ضوء دراسة احكامه الصريحة أو الضمنية من خلال التعرف على إرادة الطرفين والعرف السائد . ولا نعتقد ان القاضى المصرى سيكون بحاجة ، عملاً ، الى البحث عن تكييف للعقد كنقطة انطلاق لحل النزاع المعروض عليه ، حيث لن تعرض عليه المسألة ، فى ظل ضعف التنظيم القانونى الحالى للشرط المذكور . واذا عرض عليه الامر فانه يستهدى ، فى هذا المقام ، بأحكام العقد الصريحة أو الضمنية .

وقد اتيحت لمحكمتنا فرصة التعرض للموضوع حديثاً بمناسبة المجال الغالب لاعمال الشرط المذكور فى بلادنا الا وهو بيع المركبات والمعدات (٣) . فالمشترى يستطيع استغلال السيارة دون التصرف

---

(١) بصفة خاصة فى حالة البضاعة القابلة للاستهلاك او المعدة لاعادة بيعها أو استغلالها ضمن صناعة معينة . ويندر الجوء للشرط فى مثل هذا النوع من البيوع فى مصر وفرنسا بخلاف الحال فى القانون الالمانى ، ويؤثر ذلك بالضرورة على تنشيط الحركة التجارية والصناعية ، انظر ما سبق ص ٨٣ . ١٤٥.

(٢) ويكون المبيع لديه فى هذه الحالة على سبيل الوديعة مثلاً .

(٣) وبصفة عامة السلع المعمرة أو المعدة للتجهيزات المنزلية او الصناعية .

فيها لاحتفاظ البائع بملكيتها . أمن المشترى على السيارة التى يحتفظ البائع بملكيتها . تعرضت السيارة لحادث ادى الى الحاق بعض التلفيات بها . ثار النزاع حول تحديد صاحب الحق فى تقاضى مقابل التأمين . قررت المحكمة انه اذا كانت قيمة اصلاح الاضرار التى سببها الحادث هى من حق المؤمن له الذى صدرت الوثيقة باسمه وقام بسداد اقساط التأمين لانه هو المستغل للسيارة ومن حقه ان تظل السيارة فى حالة صالحة للاستعمال والاستغلال . أما الشركة البائعة فان حقها فى اقتضاء باقى الثمن انما تضمنه السندات الاذنية الصادرة من المشترى ، كما تضمنه السيارة ذاتها التى احتفظت بملكيتها ، أما كونها هى المستفيدة من عقد التأمين فان ذلك لا يعطيها الا الحق فى قبض مقابل التأمين فى حالة الهلاك الكلى (١) .

يكشف الحكم عن نظرة المحكمة الى حقيقة قصد المتعاقدين من شرط الاحتفاظ بالملكية كأداة ضمان للحق فى الثمن ، ومن ثم فهى تقرر ان هذا الحق مضمون بالسندات الاذنية والسيارة ذاتها ، وبالتالى ، قبض ومقابل التأمين فى حالة الهلاك الكلى . أما استعمال واستغلال السيارة فحق للمشترى ، ومن ثم فهو يستفيد من التأمين الذى يكفل هذا الحق عن طريق اصلاح السيارة .

ان هذا القضاء الجديد بالتأييد لا يتفق مع أى من التكييفات التقليدية المراد اضفاءها على البيع محل البحث . ان تقرير حق الاستغلال للمشترى لا يتمشى والقول بوقف البيع أو نقل الملكية أو باضافته الى اجل . ومن الصعب كذلك قبول فكرة الشرط الفاسخ لان ذلك معناه انتقال الملكية مباشرة الى المشترى ، ولو معلقة على شرط فاسخ ، وهو أمر مخالف لقصد المتعاقدين .

ولعل القانون الالمانى هو النموذج الامثل فى هذا المقام ، حيث

---

(١) نقض ١٩ مايو ١٩٨٠ المجموعة س ٣١ ص١٤٢٤.

طوع القضاء النص بالطريقة الملائمة للواقع العملى وغاية المتعاقدين ومقتضيات النشاط التجارى والائتمان . فالهدف من شرط الاحتفاظ بالملكية هو ضمان حق البائع فى الثمن دون وضع عقبة أمام المشترى فى استعمال المبيع والتصرف فيه . لذلك يكون للبائع مكنات معينة لا تتعارض البتة مع مكنات المشترى . فالقضاء يجرى احكامه على البيع من منطلق التوفيق بين كل هذه الاعتبارات دون التقيد أو الانطلاق من تكييف محدد للعقد (١) .

ويدفعنا كل ذلك الى محاولة التساؤل عن مدى جدوى التعديل التشريعى فى هذا المقام وهذا ما سنعرض له من خلال خاتمة البحث .

---

(١) انظر ما سبق ص ٣٦٧.

# خاتمة البحث

ان خاتمة البحث هى نهاية المطاف التى يرتكن اليها الباحث لاستخلاص ما توصل اليه من نتائج . وتقدير المادة موضوع البحث ، والمقترحات التى يمكن اضافتها فى هذا المقام . وهذا ما نعرض له على التوالى :

## (أ) نتائج البحث

**أولاً** : تساعد الدراسة المقارنة فى القاء الضوء على النظام القانونى من عدة زوايا تتعلق بأصوله التاريخية ، ومدى تفاعله مع الواقع الاجتماعى والاقتصادى ، وقدرته على التطور ، وما قد ينطوى عليه من توافق أو تناقض فى الاهداف والصياغة . لعل دراستنا لشرط الاحتفاظ بالملكية فى كل من القوانين الثلاثة : الفرنسى والالمانى والمصرى تفيد فى تفهم تلك الزوايا كنقطة انطلاق نحو الوصول الى تقييمه وتحليل نصوصه لمعرفة مدى قدرتها على التطور والاستجابة لمقتضيات الواقع والمعاملات المعاصرة .

تضعنا تلك الدراسة أمام نماذج ثلاثة تتفاوت ، فيما بينها ، من حيث القوة والتطور ، رغم ثبوت التفاعل المستمر والتأثير المتبادل بينها . تأثر القضاء المصرى ، فى هذه المسألة ، فى ظل التقنين المدنى القديم ، بالقضاء الفرنسى . لم يكن هناك نص يتولى تنظيمها . قنن المشرع المصرى هذا القضاء فى القانون المدنى الجديد . جاء المشرع الفرنسى الحديث لا ليضع تنظيماً شاملاً لشرط الاحتفاظ بالملكية ، بل اقتصر على تنظيم جانب واحد فقط ، ليزيد من فعالية الشرط وقوته ، يتعلق بأحقية البائع فى استرداد المبيع من تفليسة المشترى المفلس . تأثر المشرع الفرنسى . فى هذا المقام ، بجيرانه الاوروبيين ، فى اتجاههم نحو الوحدة ، وبصفة خاصة القانون الالمانى .

نوجد ، من ثم ، أمام ثلاثة نماذج: النموذج المصرى الاكثر ضعفاً فى تنظيمه لشرط الاحتفاظ بالملكية ، النموذج الالمانى الاكثر قوة

وتطور حيث يحتل الشرط المذكور مكانة كبيرة على صعيد التبادل التجارى وعلاقات الائتمان ، النموذج الفرنسى الذى يحتل مكانة وسط ، ويحاول الخلاص من نقطة الضعف التى كان يشترك فيها مع القانون المصرى ( عدم نفاذ الشرط قبل دائنى المشترى المفلس ) بهدف اللحاق بنظيره الالمانى والاستفادة من تجربته .

ثانياً : تكشف الدراسة عن تباين الفروض التى يمكن وجود شرط الاحتفاظ بالملكية فيها . ويمكن أن تكون الآثار الناجمة عن الشرط المذكور وليدة التطبيق المتزامن لعقد البيع وعقود أخرى مرحلية كالايجار والوديعة والقرض . تختلف تلك الآثار فيما بين الاطراف انطلاقاً من مبدأ الحرية التعاقدية حعنها بالنسبة للغير حيث يتعلق الامر ، أحياناً ، بالنظام العام . ويتدخل المشرع لتنظيمها بقواعد أمره . تتفاوت الآثار بحسب ما اذا كان محل البيع شيئا معيناً بالذات أم بالنوع ، وبحسب ما اذا اكتفى الاطراف بالنص ، ببساطة على شرط الاحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بالثمن أم اضافو الى ذلك اتفاقيات اضافية تتعلق بتحمل تبعة هلاك المبيع وحقوق الاطراف المتبادلة فى مرحلة ماقبل الوفاء بالثمن خاصة فيما يتعلق بالشىء المبيع (١) .

وتكشف تلك الدراسة أيضاً عن وجود قدر كبير من الغموض فيما يتعلق بالالتزامات المتبادلة للاطراف . يؤدى ذلك الى المساس بحقوق البائع فى القانون الفرنسى نظراً لان المادة ١٦٠٢ مدنى تلزم البائع بأن يحدد التزاماته بوضوح ، ويفسر الشرط الغامض فى غير مصلحته . ولا يأخذ القانون المصرى بهذه القاعدة . ويطبق المبدأ العام القاضى بتفسير الشك لصالح المدين ( م ١/١٥١ مدنى ) . يؤدى غموض الشرط وعدم انسجامه مع باقى احكام العقد الى صيرورته ، عملاً ،

---

(١) Juan R., Conseils pour la rédaction d'une Clause de résérve de propriété , Gaz. Pal., 8 janv. 1981.5.

مجرد حروف ميتة فى اغلب الاحوال . بل ان التساؤل يثور عما اذا كان هذا الشرط الغامض ، والذى لا يتناسب جزاؤه بالنسبة للمشترى مع حق البائع ، ينبغى اعتباره ، على الاقل فى العلاقة بين التاجر وغير التاجر ( المستهلك العادى ) بمثابة شرط تعسفى ، من قبل لجنة الشروط التعسفية المنشأة بقانون ١٠ يناير ١٩٧٨ الفرنسى .

ولعل أول ملاحظة يمكن ابداؤها ، فى هذا المجال ، هى تناقض احتفاظ البائع بالملكية مع ممارسة المشترى لحقوقه المرتبطة بصفته كمالك . ويبدو هذا التناقض بوضوح فى حالة بيع الاشياء القابلة للاستهلاك . حقاً ان الحقوق التى يباشرها المشترى على المبيع لا تشمل كافة حقوق المالك ، حيث يمكن أن يخضع لبعض القيود فى ممارسته لحقوقه . ونوجد بالتالى فى مواجهة مركز قانونى متغاير يصعب معه الوصول الى نظرية عامة للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية من خلال التعرف على أثاره وتحديد طبيعته القانونية .

ويزداد الامر صعوبة ، بعد ذلك ، من خلال ملاحظتين هامتين تنطبقان تقريباً على كافة البيوع التجارية المقترنة بالشرط المذكور . تتمثل الملاحظة الاولى فى وجود التزام سلبى على البائع ، فهو ، رغم احتفاظه بملكية المبيع ، لم يعد يستفيد بأى حق من الحقوق المكونة لحق الملكية . فليس لديه حق الانتفاع ولاحق التصرف من الناحية العملية . وتكمن الملاحظة الثانية فى ان المشترى ، رغم عدم انتقال ملكية المبيع له بحكم الشرط ، يمارس ، على وجه الدوام تقريباً ، كل الحقوق الداخلة فى اطار حق الملكية ، فهو يباشر حق الانتفاع ، عملاً ، بلا قيود ، ونفس الشىء تقريباً بالنسبة للحق فى التصرف . وينطوى ذلك على تناقض مطلق مع عدم تملكه ، بحكم الشرط ، للشىء المبيع .

**ثالثاً** : أمام هذا التناقض فى المراكز والتباين فى الفروض العملية

ليس من المستغرب اذن أن نجد صعوبة فى استخلاص تحليل موحد ينطبق على كل حالات البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية . وينبغى بلا شك ، اللجوء ، فى هذا المقام ، الى أكثر من تحليل . مما قد يوجدنا على صعيد ساحات جديدة للبحث . فشرط الاحتفاظ بالملكية قد لا يتصل ، أساساً ، بالطبيعة القانونية للبيع بل يرتبط بالتأمينات الواردة على المنقول أو نقل الملكية أو الحق على سبيل الضمان كما هو الحال فى القانون الالمانى . وقد يستدعى الاحتفاظ بالملكية أمر أخر تماماً . وقد تدخل المسألة فى اطار قانونى معروف سلفاً .

ان الصياغة الغالبة تتمثل فى وقف انتقال الملكية على استيفاء كامل الثمن ، وهذا ما عبر عنه كل من المشرع المصرى ( م ١/٤٣٠ ) والفرنسى ( قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ) والالمانى ( م ٤٥٥ ) ، الا أن الامر يمتد ليشمل الظروف التى من شأنها اضافة انتقال الملكية الى اجل محدد أو تعليق هذا الانتقال على شرط معين ، وقد يرد الوصف على البيع ذاته بتعليقه على شرط أو باضافته الى أجل . ويزداد الامر تعقيداً فى حالة الاحتفاظ بالملكية من خلال صور تعاقدية أخرى كالبيع الايجارى والتأجير الائتمانى أو بسبب تكملة الشرط المذكور بشروط اضافية أخرى كالشرط الصريح الفاسخ أو الشرط الجزائى أو بعقود مرحلية أخرى كالايجار والقرض والعارية لبيان حقوق والتزامات الطرفين خلال الفترة الانتقالية . ولا يقتصر الامر على شرط الاحتفاظ بالملكية البسيط المعروف فى كل من القانون المصرى والفرنسى ، بل يمتد ليشمل الشرط الممتد والمتسع فى القانون الالمانى ، حيث لا يقتصر حق البائع فى الضمان على البضاعة الموجودة بحالتها العينية بل تلك المحولة أو المركبة أو حتى تلك التى يتم التصرف فيها . ولا تضمن تلك البضاعة حق البائع فى ثمنها فقط بل تضمن الوفاء ، أحياناً ، بكل حقوقه قبل المشترى ، بل وبعض حقوق الآخرين المتعاملين معه قبل الاخير . اضف الى ذلك انتشار نقل الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان وبصفة

خاصة من أجل الحصول على الائتمان مما يضعنا أمام علاقات قانونية متعددة الاطراف .

ومن ثم فانه من الخطأ الاصرار على اطار موحد وصياغة جامدة لشرط الاحتفاظ بالملكية . فمن العسير ادخال هذا الشرط ضمن تكييف قانونى محدد سلفاً وترتيب كافة النتائج القانونية المرتبطة به على كل الفروض ، خاصة وان الامر يتعلق ، فى الغالب ، بالبيوع والمعاملات التجارية بما تتسم به من مرونة وتطور . فالامر ينبغى أن يتوقف ، طبقاً لتعبير محكمة النقض الفرنسية ، على ارادة الاطراف (١) .

لاشك أن مثل هذا القول يؤدى الى عدم الوضوح واليقين . وهذا ما يحاول تفاديه انصار البحث عن تفسير ثابت لشرط الاحتفاظ بالملكية . الا اننا اصبحنا فى عصر متغاير لم تعد فيه فكرة الاطر القانونية الثابتة والعقود المسماة بصفة عامة ، كافية لتفهم نوايا ومقاصد اطراف العلاقات القانونية . وتلك هى النتيجة الطبيعية لمبدأ الحرية التعاقدية الذى عاد الى الازدهار من جديد بعد ثبوت فشل الفكر الموجه والدور التدخلى المتفاقم للمشرع فى الرابطة العقدية .

ولعل الطبيعة الخاصة لشرط الاحتفاظ بالملكية تنبع ، بالاضافة الى طبيعته التعاقدية ، من طابعه الائتمانى ، فهو وان تميز ، من الناحية الفنية ، عن التأمين العينى ، الا ان جوهره يكمن فى احتفاظ البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان لاستيفاء الثمن ، ومن ثم لا يمكن اغفال نية الاطراف فى هذا المقام ، ومدى حرص البائع على ضمان استرداد المبيع فى حالة عدم الوفاء بالثمن وخاصة عند افلاس المشترى دون الدخول ضمن جماعة الدائنين . أصبح استعمال الشرط المذكور والحديث عنه مرتبطاً بالمصطلحات الائتمانية المترادفة مثل الضمان

---

(١) V.Aff. Mecarex, Com.20 nov. 1979, op. cit.

والتأمين المتميز أو الفعال . وأصبح الشرط جزءاً من ظاهرة عامة تتمثل فى نمو التصرف الائتمانى ككل ، وتوظيف الملكية فى دور جديد كوسيلة ضمان (١) ، ويبدو ذلك بوضوح على صعيد قانون البنوك حيث يزدهر نقل الملكية والحقوق على سبيل الضمان . ويكفى الاشارة ، فى هذا المقام ، الى الأوراق التجارية التى أصبح التظهير الناقل لملكيتها هو المفضل غالباً ، بالنسبة لها ، عن التظهير على سبيل الضمان (٢). وبدأت التكيفات التقليدية فى التصدع امام ضغط الاساليب الفنية الحديثة (٣).

## (ب) تقييم شرط الاحتفاظ بالملكية

تبين لنا من البحث ان شرط الاحتفاظ بالملكية يثير الكثير من الجدل حول محاسنه ومساوئه ، لذا تتأرجح احكامه ، فى التشريع والقضاء بين الثبات والتطور طبقاً للنظام القانونى السائد فى الدولة وظروفها الاقتصادية . ونستخلص ذلك من النقاط الآتية :

**أولاً** : ينعقد البيع بمجرد تبادل التراضى بين البائع والمشترى . تنتقل ملكية المبيع ، كقاعدة عامة ، الى المشترى اثر الاتفاق على الشيء المبيع والثمن ولو لم يتم تسليم المبيع أو دفع الثمن . يجوز للاطراف ، مع ذلك الاتفاق على تأخير نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن . تزداد اهمية هذا الاتفاق فى حالة بيع المنقول وبصفة خاصة البضاعة فى المعاملات التجارية .

---

(١) Bey E.M., La propriété , Le Crédit envisagé comme une sûreté , in evolution du droit des sûretés , R. jur. Com. fév. 1982.

(٢) Cf. Agneessens, Vasseur, R. Banque 1978. 465.

(٣) Chaput , la transmission des obligations en droit bancaire français in la transmission de obligations ; IX journées d'etudes juridiques Jean Dabin, Bibliothèque de la Faculté de Droit de Louvain, Bruylant et L.G.D.J. 1980 .

كان الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية يعد دائماً صحيحاً فيما بين الاطراف ، الا أن الاحتجاج به على الغير كان ، ولا يزال ، يصطدم ببعض العقبات ، خاصة فى حالة افلاس المشترى . كان القضاء الفرنسى يرفض امكانية استرداد البائع للبضاعة ، المبيعة مع الاحتفاظ بملكيتها ، فى حالة عدم استيفاء ثمنها ، بعد الحكم بشهر افلاس المشترى . ولازال القضاء المصرى متمسكاً بذلك المبدأ . يجد البائع نفسه ضمن جماعة الدائنين على أمل الحصول على جزء ولو يسير من الثمن المستحق بعد التصفية الجماعية لاموال المشترى (١) . ويؤدى ذلك الى موقف شاذ حيث تباع البضاعة التى دخلت للمشترى حديثاً ، ولا تزال مملوكة للبائع بمقتضى الشرط ، بثمن بخس ليوزع غالباً على الدائنين الممتازين ويساهم البائع بذلك ، بطريق غير مباشر ، فى سداد الديون العامة ( ضرائب وتأمينات ....) المستحقة على المشترى .

من هنا كانت المخاطر الكبيرة وراء تسليم البضاعة الى المشروعات المتعثرة واحجام الموردين عن ذلك مما استتبع صعوبة حصول هذه المشروعات على ما يلزمها للبقاء أو للنهوض أو الخروج من عثرتها ووقوعها السريع فى هاوية الافلاس على التوالى وبطريقة تلحق الاضرار بالاقتصاد القومى (٢) . مما دفع الحكومة الفرنسية ورجال البرلمان ، تأثراً بباقى الدول الاوروبية خاصة القانون الالمانى ، الى التقدم بعدة مشروعات ، منها ما يتصل بتعديل القواعد الاساسية المقررة فى المادة ١٥٨٣ مدنى لتأخير انتقال الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن ، ومنها ما يتصل بتعديل بعض مواد قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ،

---

(١) Benezra, Reserve de propriété et procédures Collectives, Gaz.Pal. 1989.1

(٢) Ghestin et Jamin, La protection de Vendeur sous reserve de propriété et la survie de l'entreprise en difficulté , R. Proced. Collec. 1989.291.

فيما يتعلق بالافلاس ، لتخويل البائع حق استرداد البضاعة التى يحتفظ بملكيتها فى مواجهة جماعة دائنى المشترى . وقد كان ذلك بالفعل موضوع قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ .

ثانياً : جاء التدخل التشريعى الفرنسى بقانون ١٢ مايو ١٩٨٠ كمحاولة للتوفيق بين اتجاهين متناقضين . ترددت الحكومة الفرنسية كثيراً فى اصداره ، حيث وقفت الاعتبارات المالية عقبة أمام التدخل التشريعى ، الا أن رغبة الحكومة فى مد يد العون للمشروعات المتعثرة كان السبب وراء اقرار القانون رغم عدم اقتناعها الكامل به (١) . أثار هذا التدخل العديد من الدراسات لبيان ابعاده ومضمونه .

جاء هذا القانون أيضاً للتوفيق بين هؤلاء الذين يرون ان انقاذ المشروعات يتطلب اعادة النظر فى نظام الامتيازات مقررين انه اذا كان البائعون لا يتمتعون بضمانة للوفاء بالثمن فى حالة افلاس المشترى ، فان النهوض بالمشروع ، دون ائتمان الموردين ، يكون سراباً . والفريق الآخر الذى يعتقد ان الاحتفاظ بالملكية طبقا للنموذج الالمانى هو الاكثر نجاحاً . جاء القانون الجديد دون أن يشكل مساساً بامتياز الخزانة العامة ، الا أنه يخول الموردين ، مع ذلك ، ضمانة معينة ولكنها محددة وان لم تكن ، فى النهاية صورية أو وهمية . ويقتصر نطاق الاستفادة من ذلك القانون على فئة موردى البضائع ولا يفيد منه بالتالى ، مقدمو الخدمات (٢) .

كان وجود شرط الاحتفاظ بالملكية فى العقد امراً مشروعاً قبل قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ، الا أن هذا الشرط لم يكن يحتج به ، فى حالة افلاس المشترى ، قبل جماعة الدائنين .

---

(١) Houin, Lyonnet , Gaz. Pal. 8 mars 1980.

(٢) J. Mauro, William, Garcin, Thieffrey, Gaz. Pal. 24 avr. 1980 - Duguet , GAz.Pal. 24 mai 1980.

أدى القانون المذكور الى سريان الشرط فى حق هذه الجماعة مما زاد من قوته وفعاليته فى أداء دوره بصفة عامه وفى التبادل التجارى خاصة وزاع انتشاره فى مجال المعاملات واحتل مكانة هامة على صعيد الائتمان . لعل نقطة الضعف الباقية تكمن فى عدم وجود جزاء يضمن عدم تصرف المشترى فى المبيع قبل سداد ثمنه ، فمثل هذا التصرف يمكن أن يهدد وظيفة الشرط حيث يقف مشلولاً فى حالة تصرف المشترى فى المبيع للغير حسن النية . يستطيع هذا الاخير التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية ليعطل بذلك حق البائع فى استرداد البضاعة التى لم يستوف ثمنها . ويتعطل شرط الاحتفاظ بالملكية كذلك فى حالة تغير الحالة العينية للبضاعة بالتحول أو الاندماج ضمن مادة أخرى . يختلف الحكم في القانون الالمانى حيث يحتفظ الشرط بقوته فى اداء دوره فى مثل هذه الحالات سواء فيما يتعلق بالحقوق الناتجة عن اعادة بيع البضاعة أو بالبضاعة فى صورتها الجديدة .

**ثالثاً** : يثير تطبيق شرط الاحتفاظ بالملكية ، مع ذلك ، العديد من التساؤلات فى القانون الالمانى رغم قيامه منذ سنة ١٩٠٠ وتعاظم دوره على النحو السابق . أدى ذيوع الشرط وتعدد صوره وتطورها الى زعزعة القواعد المستقرة فى الافلاس والتسوية القضائية . فمن جهة يضطر السنديك الى الدخول فى عملية شاقة بالتعرف على البضاعة المحتفظ بملكيتها والمركز القانونى لكل الاموال الموجودة فى حيازة المدين وتلك التى اعيد بيعها قبل بدء الاجراءات الجماعية . يقتضى الامر بذل جهود مضاعفة تستوجب الكثير من الوقف والنفقات (١) .

يؤدى الشرط المذكور ، من جهة ثانية ، الى انضباب الجانب الايجابى للتفليسة حيث يتم افراغ الذمة المالية للمشترى المفلس ،

---

(١) Cf. Congres de Vienne, Gaz. Pal., 24 juin 1980 . 25 - Fangain , Gaz. Pal . 24 mai 1980.

تقريباً ، من عناصرها الايجابية . يحاول القضاء الالمانى التخفيف من تلك النتيجة ، فهو لا يعمل حق البائع فى الاسترداد على اطلاقه ، بل يعطيه مجرد الاولوية فى استيفاء حقه ، على انفراد ، من خلال التنفيذ على الاموال المثقلة بشرط الاحتفاظ بالملكية . يعامل القضاء الشرط المذكور معاملة التأمين العينى الوارد على المنقول دون حيازته المتمثل فى نقل الملكية على سبيل الضمان . وعلى الرغم من ان هذا القضاء يؤدى الى الحد جزئياً من حق البائع فى الاسترداد الا انه يستمد مبرراته القوية من الاعتبارات الاقتصادية (١) .

تشير الدراسات الى أن شرط الاحتفاظ بالملكية يؤدى دوراً هاماً فى تنشيط الحركة التجارية والصناعية وانقاذ المشروعات من الافلاس ، من خلال تشجيع الموردين على امداد المشروعات بما تحتاجه من بضائع . بل ان الموردين الفرنسيين يقبلون على التعامل مع نظرائهم الالمان ثقة منهم فى الاستفادة من فعالية الشرط وقوته فى ضمان حقوقهم طبقاً للقانون الالمانى (٢) .

يتحفظ البعض ، مع ذلك ، ازاء هذا الدور للشرط المذكور حيث لم يمنع وقوع الكثير من حالات الافلاس ، بل يمكن أن يساعد على تفاقمها بسبب احجام الدائنين العاديين عن التعامل مع المشترى نظراً لضآلة ما سيحصلون عليه من حصيلة اموال التفليسة التى يتم استنزافها بسبب اعمال شروط الاحتفاظ بالملكية . والواقع ان المسألة تتسم بالتعقيد حيث ترتبط عمليات الافلاس باعتبارات اقتصادية متشابكة ، ومن الخطأ ربطها كلية ، سلباً او ايجاباً ، بمجرد عامل قانونى كشرط الاحتفاظ بالملكية (٣) .

**رابعاً :** يبدى ممثلو جماعات الدائنين Syndics ، بفرنسا ،

---

(١) Ortscheid, op. cit.

(٢) Stumpf, op. cit.

(٣) M. Pédamon, Gaz. Pal., op. cit.

اعتراضهم الشديد على القانون لمساسه الواضح بحقوق الدائنين ويطالبون باعمال مبدأ المساواة فيما بينهم . ويكفى وجود عدد من الديون الممتازة وعلى الاخص دين الخزانة العامة التى تصر على تقاضى حقوقها مما يعوق عملاً محاولة انقاذ المشروعات . أضف الى ذلك التأجير الائتمانى Leasing . وأخيراً فان هناك العديد من الاسباب التى تجعل من انقاذ المشروعات المتعثرة أمراً صعباً من الناحية العملية (١) .

أثرت تلك الاعتبارات على المشرع عند تقريره لحق البائع فى استرداد البضاعة التى لم يستوف ثمنها ، وتطلب لاعمال هذا الحق عدة شروط تحد من أثاره وضمانات تعوق اساءة استخدامه اضراراً بحقوق دائنى المشترى . ونظر المشرع الى شرط الاحتفاظ بالملكية على انه ذا طبيعة استثنائية لمساسه بمبدأ المساواة بين الدائنين . اقتصر المشرع على اقرار الشرط البسيط دون سائر صوره الاخرى الممتدة أو المتسعة (٢) . واستلزم للاسترداد بقاء البضاعة على حالتها العينية ، وقصر الاسترداد على حالة سداد دين ثمن البضاعة ذاتها دون أى دين أخر (٣) .

ويجب تقديم طلب الاسترداد خلال ثلاثة أشهر من تاريخ بدء اجراءات التفليسة . ويلزم اخيراً ، بل بداية ، وجود اتفاق مكتوب على الشرط قبل أو اثناء تسليم البضاعة المبيعة . وقد رأينا ان اعمال تلك الشروط التى حددها المشرع لقبول دعوى الاسترداد يثير بعض الصعوبات فى العلاقات التجارية .

---

(١) Congrés de syndics d'Orléans, oct. 1978, Gaz. Pal. 1978.2.607.

(٢) انظر ما سبق ص ١٤٥ ، ١٩٠ .

(٣) بخلاف الحال بالنسبة للقانون الالمانى ، نفس الموضع .

انعكس ذلك بدوره على القضاء ، حيث كشفت لنا الدراسة عن نظرته للطبيعة الاستثنائية للشرط المذكور وبصفة خاصة بالنسبة للغير سواء فيما يتعلق بحماية حقوق الغير حسن النية أو بحماية حقوق جماعة الدائنين من خلال التفسير الضيق لحق البائع فى استرداد المبيع والحد من نطاق اعماله وذلك حرصاً على استقرار مبدأ المساواة يبن الدائنين (١) .

والواقع ان هناك بعض مجالات القانون التى لا يسمح فيها المشرع ، لاعتبارات معينة ، باعمال سلطان الارادة عامة والحرية التعاقدية خاصة الا بالقدر الذى يحدده وطبقاً لمعطيات معينة . ويبدو ان مجال الافلاس نموذج واضح لذلك المبدأ . ان الطبيعة الآمرة للقواعد المنظمة لمركز كل الاشخاص المعنيين فيه تكشف عن رغبة المشرع فى تنظيم علاقاتهم من خلال احترام مبادىء معينة تتعلق خاصة بالمساواة بين الدائنين العاديين (٢) . ينبغى الا تكون لحظة فشل المدين وتصفية أمواله نقطة اطلاق لسلسلة من حلقات الجشع والانانية . ويجب ان يكون الافلاس لحظة مميزة للتنظيم والتخلى عن الاطماع الشخصية والالتزام بالقواعد المقررة فى هذا الشأن .

ان اقرار شرط الاحتفاظ بالملكية ، فى هذه الحالة ، يعد قبولاً استثنائياً لدور الارادة فى مجال يقتصر تنظيمة على المشرع . ويتم اعمال هذا الشرط على نحو مخالف للقواعد المعمول بها فى اتمام اجراءات التصفية الجماعية ، حيث يؤدى الى خلق مركز متميز لدائن عادى على نظرائه . لذا ليس من المستغرب اتخاذ محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف من الشرط بصفة عامة ورفضها اى اتفاق

---

(١) Merle, l'interpretation jurisprudentielle de la Clause e reserve de propriété, Banque 1986-644.

(٢) Delebéque ph. , les sûretés dans les nouvelles procédures Collective, J.C.P. 1985.1.186.

اضافى (١) يرمى الاطراف من خلاله التحلل من الشروط الصارمة الواجب توافرها لقبول دعوى الاسترداد ، وذلك لتعلق الامر بالنظام العام فى هذا الشأن (٢).

**خامساً** : اذا كان من شأن التعديل التشريعى الفرنسى زيادة اللجوء الى شرط الاحتفاظ بالملكية وانتشاره فى المعاملات ، كما هو الحال فى القانون الالمانى ، فما هى الآثار المتوقعة لذلك فى مجال الاعمال ؟ اليس من شأن ذلك الانتشار حث المشترين على الوفاء بثمن بضائعهم نقداً أو على الاقل فى وقت أسرع مما هم عليه الآن بغية التحرر من القيود المرتبطة بوجود مثل هذا الشرط فى عقود البيع ؟ لا شك ان من شأن القيود التى تفرض على المشترى بشأن استعمال واستغلال المبيع أو التصرف فيه ، اعاقة حرية التبادل التجارى والنشاط الاقتصادى بصفة عامة . من هنا تكمن أهمية تخفيف حدة آثار شرط الاحتفاظ بالملكية من خلال تقرير بعض مكنات الملكية للمشترى ، على المبيع كالسماح له باستغلال البضاعة أو تحويلها أو ادماجها اذا كانت من المواد الخام أو اعادة بيعها اذا كانت من المواد المصنعة . والواقع ان القانون الفرنسى لم يصل بعد الى تلك المرحلة التى وصل اليها القانون الالمانى الذى يطلق حرية المشترى بصدد المبيع مع تنازله ، منذ البداية عن حقوقه المستقبلة قبل المشترين منه . هذا بالاضافة الى انتقال حق البائع الى البضاعة المحولة أو المركبة .

ولا شك فى أهمية الآثار المالية والاقتصادية المتوقعة للتعديل التشريعى . فبالاضافة الى زيادة حجم التعامل النقدى وتقصير آجال

---

(١) مثال ذلك القضاء بعدم مشروعية الاتفاق مسبقاً على أن البضاعة الموجودة لدى المشترى هى بعينها التى اشتراها من البائع محملة بشرط الاحتفاظ بالملكية ولم يتم دفع ثمنها ، يقيم الاتفاق قرينة لصالح البائع تعفيه من عبء الاثبات . انظر ما سبق ص ١٣٨.

(٢) وذلك بخلاف المرونة التى يبديها القضاء الالمانى ص ١٤٥.

الدفع في التعامل بين المشروعات ، بالتالي ، تقليل مخاطر ائتمان الموردين وتكلفة البضاعة الموردة ، يؤدى القانون أيضاً الى انقاص حجم الأوراق التجارية المتداولة وتفادى تراكم الائتمان وآثاره التضخمية (١) . وأخيراً فانه بلا شك ، يقى حدوث العديد من حالات الافلاس . ان من شأن تلك الآثار المالية أن تؤدى الى حلول ائتمان المشترى تدريجياً محل ائتمان البائع(٢) والتقليل من الآثار التضخمية الناجمة عن تراكم الائتمانات الممنوحة حالياً في صورة خصم كمبيالات على عدة مستويات من التبادل التجارى وأحياناً على نفس البضاعة والناجمة أيضاً عن آثار تطور المخاطر وتكلفة الخصم على الاسعار التى يتم التعامل بها . وينعكس كل ذلك بطبيعة الحال على السياسة المالية للبنوك حيث تجد وسائل الائتمان المباشرة الممنوحة للمشترين مبرراً أكبر على صعيد خطة التمويل التقليدى وتصبح أقل كلفة على صعيد النشاط البنكى (٣) .

ويتشكك البعض بصدد هذا الاثر المنسوب لشرط الاحتفاظ بالملكية فيما يتعلق بتقصير آجال الدفع واستبدال ائتمان البائع بائتمان المشترى . لا يبدو ، طبقاً لهم ، أن الشرط المذكور صاحب فضل فى ذلك . فقد ثبت ، من الناحية الواقعية ، ان البائع ، الذى يشترط الاحتفاظ بالملكية ، لا يضع ، فى اغلب الاحوال ، أى قيد على حق المشترى فى الانتفاع أو التصرف حتى لا يتسبب فى اعاقة معاملاته . فالشرط الذى لا يشكل أى قيد على حقوق المشترى على المبيع ليس

---

(١) Gavalda., Les aspects bancaires de la Clause de réserve de propriété , in. act. de droit de l'entreprise, T. 12, 1982 , P. 57.

(٢) Stoufflet , Vente avec reserve de propriété, utilisation de la reserve de propriété pour la garantie d'un Crédit acheteur , in actualité de dr. de l'entreprise, T. 12, 1982 , P. 87.

(٣) Congrés d'oct. de L.A.N.C.J., Gaz. Pal., 4 mars 1980.

من شأنه حثه على سرعة الوفاء بالثمن . ويبدو ذلك فى نطاق البيع المتعلق بالمعدات ومواد التجهيزات ، وهو المجال الذى يتمتع فيه الشرط بفعالية اكثر .

ولعل افضل وسيلة للوصول الى سرعة الوفاء هى اشتراط آجال قصيرة للدفع ووضع قيود فعلية على حق المشترى فى استغلال البضاعة والتصرف فيها ، فى الحالة التى لا يتم دفع الثمن نقداً (١) .

**تعليق :**

جاء شرط الاحتفاظ بالملكية وليد الواقع واستجابة لمتطلباته ، فقد نشأ فى المعاملات بين الافراد فى كل من فرنسا ومصر ثم تدخل المشرع بعد ذلك لتقنينه . ونفس الشىء فى القانون الالمانى الذى استمر فيه تفاعل الشرط مع مقتضيات التبادل والائتمان التجارى على نحو تجاوزت احكامه ، التى اقرها القضاء ، إلى حد بعيد ، نصوص القانون القائمة . ومن ثم فان هذا الشرط ينطوى ، بالضرورة ، على قدر كبير من الفعالية فى تحقيق غايات الاطراف ومصالحهم . وهو ، كأى نظام قانونى ، لا بد وأن تسجل عليه بعض المأخذ من خلال تعارضه مع نظم وأفكار قانونية أخرى . ولا يتم التطور القانونى الحديث الا من خلال التضحية ببعض المسلمات والافكار القانونية السائدة . ولعل ما يزيد الامر صعوبة بالنسبة للشرط المذكور هو ارتباطه الوثيق بالمعاملات التجارية والنشاط الائتمانى حيث المرونة والتطور السريع ، ومن ثم فهو يتأثر حتماً بالمعطيات الاقتصادية والحركة المالية فى الدولة ، وعلى ذلك لا ينبغى النظر الى

---

(١) Rapport sur le " Crédit intre-entreprises" du groupe de travail par M. Falcon au C.N.P.F., 9 oct. 1978.

Fangain P., Reserve de propriété , illusions sur ses effets économiques, Gaz.Pal, 1er juill. 1980.

شرط الاحتفاظ بالملكية بصفة مجردة ، فهو جزء من تطور معاصر لقانون الائتمان من جهة والافكار القانونية التقليدية من جهة أخرى ، وتأتى احكامه استجابة لمدى هذا التطور والمرونة التى يبديها النظام القائم من جهة ثالثة . لذا يثور التساؤل عن مدى امكانية تعديل احكامه فى القانون المصرى .

## (جـ) اقتراح التعديل التشريعى

ادت المآخذ التى سجلها البعض على شرط الاحتفاظ بالملكية الى القول بغموضه واضطراب احكامه مما دفعهم الى اقتراح الاستغناء عنه كلية بتعديل تشريعى فى قانون الافلاس ذاته يحقق الغاية المرجوة من الشرط . وبالرغم من وجاهة هذا الاقتراح ، إلا اننا نفضل الابقاء على الشرط المذكور . ويثور التساؤل فى النهاية عن مدى الحاجة لتعديل قانون البيع ذاته . ونعرض على التوالى لتلك النقاط :

### الاستغناء عن شرط الاحتفاظ بالملكية بتعديل قانون الافلاس :

ذهب بعض خصوم شرط الاحتفاظ بالملكية الى ان الاهداف التى دفعت المشرع الفرنسى الى وضع قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ كان من الافضل تحقيقها من خلال تعديل المادة ٦١ بدلاً من المادة ٦٥ من قانون ١٣ يوليو ١٩٦٧ ( أى المادة ١١٧ بدلاً من المادة ١٢١ من قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ ) . تدخل المشرع الفرنسى بالقانون السابق لتقرير نفاذ الشرط المذكور قبل جماعة دائنى المشترى المفلس أى أحقية البائع فى استرداد البضاعة التى يحتفظ بملكيتها ولم يستوف ثمنها ، من أموال التفليسة . ويمكن تحقيق ذلك الهدف بالنص مباشرة على أحقية البائع فى استرداد البضاعة غير مدفوعة الثمن . ويتم اعمال هذا الحق بقوة القانون دون حاجة الى وجود شرط الاحتفاظ بالملكية أى اننا نصبح أمام حق قانونى مقرر لكل بائع بغض النظر عن وجود الشرط المذكور من عدمه .

---

(١) Y. Demoures, op. cit., n. 87.

ويرى اصحاب هذا الرأى اضافة فقرة الى المادة ٦١ ( م ١١٧) تقضى بأنه « يمكن استرداد البضاعة ، الموجودة بحالتها العينية ، كلياً أو جزئياً ، التى لم يتم دفع ثمنها فى تاريخ الحكم بالتسوية القضائية أو تصفية الاموال ، حيث يتم فسخ البيع فى هذه الحالة بقوة القانون ، ويقتصر الاسترداد ، مع ذلك ، على القدر من البضاعة الذى يعادل قيمة الحق المتبقى للبائع ، ما لم يلتزم بأن يسدد للمشترى ما يزيد فى قيمة البضاعة عن حقه » (١) .

يتم اعمال حق الاسترداد فى اطار التصفية الجماعية ، ويقتصر تطبيقه على المقدار المعادل لحق البائع فمن العدل أن يسترد البائع بضاعته التى لم يستوف ثمنها بدلاً من استخدامها فى سداد ديون دائن آخر ، ولكن ليس من العدل أن يتميز البائع فيما يتعلق بالتعويض المستحق عن الاضرار التى حلت به ، عن سائر الدائنين ، وليس من العدل ايضاً استرداده كل البضاعة حتى ولو فاقت قيمتها الحق المتبقى له من الثمن . فاذا كان البائع نفسه فى حالة افلاس فان ذلك يستتبع تفضيل دائنيه ، فيما يتعلق بالجزء الزائد فى قيمة البضاعة المستردة عن حقه ، على دائنى المشترى بلا مبرر .

ان حق الاسترداد بوصفه قاصر على البضاعة الموجودة على حالتها العينية وفى اطار الجزء المتبقى من الثمن يشكل اقل مساس بحقوق الدائنين الآخرين . ويعلم الدائنون سلفاً بان جزءاً من اموال المشروع مخصصة لسداد ديونه قبل مورديه ، أى ان جزءاً من الديون يكون مضموناً بحق الاسترداد المقرر على البضاعة التى لم يتم الوفاء بثمنها . ويكون لهذا الحق أثراً فاسخاً بقوة القانون مثل ذلك الناتج عن الشرط الفاسخ، المقرر فى حالة عدم الوفاء بالثمن المتفق عليه فى العقد.

---

(١) يقتضى الاخذ بهذا الاقتراح اضافة نص خاص بهذا المعنى .

**نقد الاقتراح** : يتمثل الاقتراح فى انشاء حق استرداد قانونى للبائع الذى لم يستوف حقه فى الثمن . يؤدى ذلك الى اجراء تعديل جوهرى على قانون الافلاس ليصبح بائع المنقول دائناً ممتازاً عن سائر الدائنين العاديين للمشترى المفلس ، ويتم بذلك اهدار المبادىء الاساسية للأفلاس ، ذات الطبيعة الآمرة ، سواء فيما يتعلق بالمساواة بين الدائنين أو حماية الائتمان الظاهرى لهم (١) . ان تقرير حق الاسترداد على اطلاقه ، لكل بائع ، لم يستوف حقه فى الثمن ، أمر لا مبرر له ويصعب قبوله لان من شأنه اهدار الضمان العام للدائنين بل والمساس بحقوق الامتياز العامه كتلك المقررة للخزانة العامة والتأمينات الاجتماعية . ولا يجوز القول بإن حق الاسترداد القانونى يؤدى الى نفس نتائج حق الاسترداد الاتفاقى أى المتولد عن شرط الاحتفاظ بالملكية ، حيث توجد فروق هامة بينهما :

**أولاً** : ان تقرير حق الاسترداد القانونى يعد تدخلاً أمراً داخل عقد البيع الذى تتسم احكامه اساساً بالطبيعة المكملة انطلاقاً من مبدأ الحرية التعاقدية ، ويؤدى ذلك الى المساس بتوازن العقد ونظامه القانونى . يختلف الامر بالنسبة لحق الاسترداد الاتفاقى الذى تنسجم طبيعته مع طبيعة عقد البيع .

**ثانياً** : ان استرداد البائع للمبيع المحتفظ بملكيته يعد امراً طبيعياً لانه يتصرف اعمالاً لحقه كمالك ويتفق وحكم القواعد العامة اصلاً ، ويشكل حظر هذا الاسترداد فى حالة افلاس المشترى خروجاً استثنائياً على تلك القواعد مراعاة لحقوق الغير حسن النية وحماية للائتمان الظاهرى للدائنين ، ومن ثم فان تقرير اعمال شرط

---

(١) Derrida F., La Clause de reserve de propriété et le droit des procésures Collective, D. 1980.293.

الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة الدائنين لا يشكل خروجاً على القواعد العامة بل عود اليها (١) .

أما بالنسبة لحق الاسترداد القانونى المقترح فيشكل استثناءاً من كل الوجوه : أن ملكية البضاعة تنتقل الى المشترى بمجرد العقد ولو لم يتم دفع الثمن ، ومن ثم فتقرير استرداد البائع لها يعد استرداداً لما لا يملك ، حيث يحصل على مال من ذمة المشترى اى من الضمان العام لدائنيه . ويعد ذلك استثناءاً أخر من هذه الناحية ، أى اننا نخرج مالاً من التفليسة لنخص به احد الدائنين العاديين . ينطوى الامر أيضاً على تقرير ميزة خطيرة للبائع على غيره من الدائنين ، فهو يحصل على احد اموال المدين لينفذ عليه بحقه بمعرفته حيث يبيعه بحريته ويستوفى حقه ثم يرد الباقى لجماعة الدائنين . ويخالف كل ذلك القواعد المعمول بها فى تصفية الاموال .

**ثالثاً :** يؤدى حق الاسترداد القانونى الى نتائج مالية سيئة . فالمشترى لن يكون لديه الحافز على سرعة الوفاء بالثمن ، ويصبح ائتمان البائع هو الاساس لا ائتمان المشترى . ويستتبع ذلك الاحجام عن التعامل بدلاً من زيادته .

### تدعيم شرط الاحتفاظ بالملكية :

نفضل ، لكل ذلك ، الابقاء على شرط الاحتفاظ بالملكية كأداة ضمان ووسيلة ائتمان عملية ومتعارف عليها فى العلاقات التجارية وينظمها الاطراف والعرف التجارى طبقاً لمعطيات التعامل واحتياجاته وما يتم به من مرونة وتطور . فالشرط المذكور يوفق بين مصلحة البائع فى ضمان حقه فى الثمن ومصلحة المشترى فى الانتفاع ودفع

---

(١) Pontavice, Intérêts et limites de la Clause de résérve de propriété , R. Banque, triage à part, 1982. 79.

حركة نشاطه التجارى . ولكن مصلحة دائنى المشترى هى التى تظل موضع تساؤل (١) .

فضل القضاء المصرى مصلحة الغير ، بصفة عامة ، على مصلحة البائع ، سواء أكان هذا الغير قد اكتسب حقاً عينياً على البضاعة بحسن نية ، أو كان دائناً عادياً للمشترى المفلس . ومن الصعب توجيه النقد للقضاء فى هذا الشأن لان قاعدة حماية الوضع الظاهر والائتمان العام للدائنين والمساواة بينهم تعد حجز الاساس فى قانون المعاملات .

ولا يمكن توجيه النقد الى نص المادة ٤٣٠ من تقنيننا المدنى حيث جاءت صياغتها موفقة فى اقرار مبدأ الاحتفاظ بالملكية والاتفاق على الشرط الجزائى وتحديد وقت انتقال الملكية وتكييف العقد . تتفق تلك الصياغة مع القواعد العامة ومبدأ الحرية التعاقدية حيث يترك للاطراف حرية تنظيم البيع ، انطلاقاً من طبيعة العلاقة ومقتضيات المصلحة ، دون المساس بقواعده الآمرة . ويتمتع القاضى ، ازاء النص السالف ، بدور كبير فى اجراء التكييف الصحيح للعلاقة ومنع التعسف . هذا فضلاً عن دوره فى اعمال نصوص الاتفاق وتفهم مدلوله وقصد المتعاقدين على ضوء الظروف والملابسات (٢) .

ولكن الامر يستوجب ، فى رأينا ، اضفاء قدر اكبر من الفعالية على شرط الاحتفاظ بالملكية كى يقوم باداء دوره فى تنشيط الحركة المالية وتدعيم التبادل التجارى ويصبح اداة ائتمان الى جانب دوره كوسيلة ضمان . ويغنى الافراد عن البحث عن وسائل أخرى لضمان

---

(١) Cablillac M., La protection du Créancier dans les sûretés mobilières Conventionnelles sans dépossession , Sirey 1954, P.14.

(٢) نقض ٢٣/٢/١٩٦٧ المجموعة س ١٨ ص٤٦١.

حقوقهم ، صـريحة أو مقنعة ، كالبيـع الايجـارى والتأجير الائتمانى ، والايجار المقترن بوعد البيع . . ويتأتى ذلك من خلال نفاذه قبل جماعة دائنى المشترى المفلس . يتطلب الامر عملية توفيق بين مصلحة هذه الجماعة ومصلحة البائع أى الوصول الى ضمان حقه دون المساس بالائتمان الظاهرى للدائنين .

فالبائع له الحق فى اقتضاء الثمن . وهو يحتفظ بملكية المبيع الى حين استيفاء هذا الحق ، ومن ثم تظل البضاعة ملكاً له ويستطيع استردادها فى حالة عدم الوفاء ، الا ان هذه البضاعة ، رغم عدم دخولها الذمة المالية للمشترى ، دخلت فى حيازته وعول عليها دائنوه . لذا ينبغى ايجاد وسيلة شهر مناسبة تكفل اعلام المتعاملين مع المشترى من جهة وتمنع تحايله بقصد الاضرار بحقوق دائنيه من جهة أخرى (١) . لا شك أن تطلب اجراءات معينة للشهر أو الكتابة يتعارض مع طبيعة المعاملات التجارية . لذا تميز القانون الالمانى بالبساطة ولم يتطلب أى من هذه الاجراءات اعتماداً على شيوع شرط الاحتفاظ بالملكية وتوقع الدائنين له فى معاملاتهم ، ومن ثم فهو لا يشكل بالنسبة لهم أية مفاجأة أو مساس استثنائى بحقوقهم وتوقعاتهم . ويستفيد الجميع من مزاياه فى الحياة التجارية . أما القانون السويسرى فقد تطلب تسجيل الشرط فى سجل رسمى مخصص لذلك (٢) . واكتفى القانون الفرنسى بمجرد وجود اتفاق مكتوب على الشرط قبل أو لحظة تسليم البضاعة للمشترى .

ونعتقد ان الوسيلة المناسبة فى القانون المصرى هى تطلب الكتابة

---

(١) Dagot M., Sûretés immobilièrs, publicité foncière et saisie immobilière, R.de droit immobilier, 1982.4.

(٢) Ruttimam l'exercice suisse des réserves de propriété dans les Ventes , in Idées nouvelles dans le droit de la faillite ..., Université de Louvain, Bruxelles 1969.

ثابتة التاريخ ، أى انه يلزم ، لنفاد شرط الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة دائنى المشترى ، وجود اتفاق كتابى على الشرط ، ثابت التاريخ قبل أو لحظة تسليم البضاعة . لا يلزم ثبوت الكتابة فى محرر رسمى بل يكفى مجرد ورقة عرفية ، وذلك لمنع تحايل المشترى اضراراً بحقوق دائنيه . ويمكن اعلام المتعاملين مع التاجر من خلال الزامه بقيد البضاعة التى يشتريها محملة بشرط الاحتفاظ بالملكية ، فى سجل خاص أو جانب معين من دفاتره التجارية يسهل الاطلاع عليه مع تقرير الجزاء المناسب على مخالفة هذا الالتزام . ولعل اهدار الثقة فى التاجر المخالف ، أو غير المنتظم فى اجراء القيد ، اثر توقيع الجزاء عليه ، يعد جزاءاً رادعاً فى هذا المقام .

لن اشتراط ثبوت التاريخ يتفق وقواعد القانون المدنى فيما يتعلق بنفاذ التصــــرف قبل الغير ، الا انه يخالف ما هو مستقر فى القانون التجارى . لعل خطورة آثار نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين تستوجب ذلك الاستثناء الذى ، وان شكل قيداً على حرية التعامل ، الا ان فائدته تعود على الجميع من خلال تحقيق الضمان والاستقرار اللازمين لحماية الائتمان التجارى . ولا يشكل ذلك مساساً قوياً بالرضائية الثابتة فى المعاملات التجارية نظراً لان المادة ١٥ من قانون الاثبات ذكرت وسائل اثبات التاريخ على سبيل المثال لا الحصر ، ويستطيع القاضى ان يعتد بأى امارات قاطعة الدلالة على حقيقة تاريخ المحرر العرفى ويستند فى ذلك الى وقائع قاطعة حتى لا يخل بالحماية التى كفلها المشرع للغير .

وبناء عليه يمكن اضافة نص فى القانون التجارى ، أو فقرة جديدة فى المادة ٣٧٩ منه ، لتقرير نفاذ حق البائع ، قبل جماعة الدائنين ، فى استرداد البضاعة التى يحتفظ بملكيتها ولم يستوف ثمنها ، وأحقيته فى حالة تصرف المشترى فيها ، فى الحصول على ثمنها أو المتبقى منه فى ذمة المتصرف اليه . ولعل الصياغة تكون « يجوز استرداد البضاعة

التى اشترط البائع ، فى محرر ثابت التاريخ قبل تسليمها ، الاحتفاظ بملكيتها ، اذا ظلت على حالتها العينية . واذا تم التصرف فى البضاعة جاز استرداد ثمنها أو المتبقى منه لدى المتصرف اليه » (١) .

### الابقاء على قواعد قانون البيع :

تقضى القواعد العامة بأحقية الدائن فى طلب فسخ العقد الملزم للجانبين ، بما فى ذلك عقد البيع ، فى حالة اخلال الطرف الآخر بالتزاماته . ويقع الفسخ بحكم القاضى الذى يتمتع فى ذلك بسلطة تقديرية واسعة . وهذا ما يسمى بالفسخ القضائى أو الشرط الفاسخ الضمنى . ويجوز للاطراف تضمين العقد شرطاً فاسخاً صريحاً يؤدى الى وقوع الفسخ بقوة القانون لصالح الدائن بمجرد الاخلال بالالتزام . ويفقد القاضى سلطته التقديرية فى هذا المقام .

هل يمكن النص فى القانون على وجود مثل هذا الشرط الفاسخ تلقائياً فى كل عقد بيع كاستثناء من بين باقى العقود وخروجاً على القواعد العامة فى الالتزامات ؟ تم طرح هذا الاقتراح بالفعل اثناء مناقشة قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ الفرنسى القاضى بنفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة دائنى المشترى . تحمس البعض للشرط الى حد المطالبة بجعل تطبيقه اجبارياً فى كل بيع يتأخر فيه الوفاء بالثمن . ثم رفض الاقتراح وفضل المشرع الابقاء على قواعد قانون البيع دون تعديل (٢) ، ويؤيد الفقه (٣) ذلك لعدة أسباب :

---

(١) ويمكن بالاضافة الى ذلك ، تقرير عقوبة جنائية مناسبة فى حالة تبديد البضاعة أو تصرفه فيها على نحو يضير بحقوق البائع . ولعل تعديل نص المادة ٤٥ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ يبدو ضرورياً فى هذا المقام . ولا شك ان الامر لا يكمن فى جسامة العقوبة ذاتها بل فى تأثير تعرض التاجر لها على سمعته وما يتمتع به من ثقة على صعيد المعاملات التجارية .

(٢) Rapports de M. Rudloff au Sénat , n. 14 et 226 .

(٣) Y. Demourés , op. cit., n. 91 s.

١- ان الحاجة الى تدعيم شرط الاحتفاظ بالملكية تقوم فى حالة افلاس المشترى ، ومن ثم فان الميزة التى ينبغى تخويلها للبائع ، وهى نفاذ حقه فى استرداد المبيع قبل جماعة الدائنين ، تجد أهميتها بمناسبة البيوع التجارية دون سائر الانواع الاخرى التى تكفى القواعد العامة لمواجهة احكامها . تتيح تلك القواعد ، فيما يتعلق بالفسخ ، للاطراف حرية الاتفاق على تعديلها بما يتفق ومصالحهم . ومن شأن التعديل المقترح تعقيد الامر والمساس بحرية الاطراف التعاقدية فى تنظيم العقد على النحو الموصل لتحقيق غاياتهم .

٢- يمكن ان يتوافر لدى المشترى سبب وجيه للامتناع عن الوفاء بالثمن ، كما لو كانت البضاعة المسلمة غير مطابقة للمواصفات . فلو قلنا بالفسخ التلقائى للبيع نتيجة عدم الوفاء لا نطوى ذلك على وضع البائع فى مركز متميز عن المشترى دون مبرر .

٣- تخول القواعد العامة البائع العديد من المزايا والضمانات لاستيفاء حقه مثل : الحق فى الحبس ، الحق فى الامتياز على ثمن المبيع ، الحق فى الفسخ ، الحصول على ضمانات اضافية كرهن أو كفالة ، تضمين العقد شرطاً فاسخاً صريحاً وشرطاً جزائياً ، فرض قيود على حق المشترى فى استعمال المبيع والتصرف فيه والمحافظة عليه ، تعليق البيع على شرط أو اضافته الى أجل يرجىء ترتيب آثاره الى وقت معين ويتم تنظيم العلاقة خلال هذه الفترة من خلال قواعد محددة .

ان حماية حقوق البائع الذى لم يستوف حقه تبدو ، فى علاقات القانون المدنى ، متفقة واحتياجات الواقع العملى ، بينما لا تسمح سرعة المعاملات التجارية دائماً للبائع باللجوء الى الضمانات العامة السابقة لحماية حقه من جهة ولا تجدى تلك الضمانات فى حماية هذا الحق فى حالة افلاس المشترى من جهة أخرى . ان حق الاسترداد المقرر للبائع بمقتضى شرط الاحتفاظ بالملكية يضمن له هذه الحماية دون المساس بسرعة التبادل والائتمان التجارى وسهولة المفاوضات .

نخلص من ذلك أنه ليس من الضروري أو المرجو تعديل القواعد العامة للبيع سواء بجعل شرط الاحتفاظ بالملكية اجبارياً أو بتقرير حق الفسخ التلقائي للبيع في حالة تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن (١) . ويكفي تقوية شرط الاحتفاظ بالملكية الاتفاقي من خلال تقرير نفاذه قبل جماعة دائني المشتري المفلس .

[ تم بحمد الله]

---

(١) تقد بعض اعضاء البرلمان الفرنسي ، بهذه المناسبه ، بمشرع قانون لتعديل نص المادة ١٥٨٣ من القانون المدني التي تقضي بانتقال ملكية المبيع بمجرد العقد ، على نحو يؤدي الى تأخير نقل الملكية لحين الوفاء بكامل الثمن . تم رفض المشروع بطبيعة الحال .

Propositions de M.Cousté et e M. Millon à l'Assemblée nationale

# قائمة المراجع

## أولاً : المراجع العربية

### (أ) المراجع العامة


- اسماعيل غانم ، الوجيز فى عقد البيع ، القاهرة ١٩٦٣ .
- انور سلطان ، شرح عقدى البيع والمقايضة ، الاسكندرية ١٩٩٢.
- توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ، الاسكندرية ١٩٧٠ .
- جلال على العدوى ، عقد البيع ، الاسكندرية ١٩٨٨ .
- جميل الشرقاوى ، البيع والمقايضة والايجار ، القاهرة ١٩٦٤ .
- حسام الاهوانى : التأمينات العينية فى القانون المدنى الكويتى ١٩٨٥ . عقد البيع فى القانون الكويتى ١٩٨٤ .
- حسن كيرة ، الحقوق العينية الاصلية ، الاسكندرية ١٩٦٥ .
- سليمان مرقس ، عقد البيع ، القاهرة ١٩٩٠ .
- سمير تناغو ، عقد البيع ، الاسكندرية ، منشأة المعارف .
- سميحة القليوبى ، الملكية الصناعية ، دار النهضة العربية ، الموجز فى القانون التجارى ، القاهرة ١٩٨٢ .
- سمير الشرقاوى ، القانون التجارى ، ط ٣.
- شمس الدين الوكيل ، نظرية التأمينات فى القانون المدنى ، الاسكندرية ١٩٥٩ .
- عبد الرازق السنهورى ، الوسيط، الاجزاء : الاول ، الثانى ، الثالث ، الرابع ، التاسع ، العاشر .
  - مصادر الحق فى الفقه الاسلامى .
- عبد المنعم البدراوى ، عقد البيع ، القاهرة ١٩٦٠ .
- عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام البيع ، القاهرة ١٩٨٤ .
- على البارودى ، القانون التجارى ، الاسكندرية ١٩٧٥ .

- علي جمال الدين عوض ، القانون التجارى ، القاهرة ١٩٨٣ .
- على يونس ، العقود التجارية ، ١٩٦٨ .
- محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد البيع ، القاهرة ١٩٦٨ .
- محسن شفيق ، القانون التجارى المصرى ١٩٥١ .
- مصطفى كمال طه ، القانون التجارى ، الاسكندرية ١٩٨٦ .

### (ب) المراجع المتخصصة والابحاث

- ابراهيم الدسوقى أبو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الاخرى ، الكويت ، ١٩٨٤ .

الشرط الجزائي فى العقود والتصرفات القانونية ، القاهرة ١٩٨٢ .

- احمد ابراهيم حسن ، التصرف الائتمانى أو نقل الملكية على سبيل الضمان ، الاسكندرية ١٩٩٠ .
- محمد المرسى زهرة ، بيع المبانى تحت الانشاء ، القاهرة ١٩٨٧ .
- محمد على شحاته ، البيع والشراء التأجيرى والبيع الائتمانى ، القاهرة ١٩٦٢ .
- نبيل ابراهيم سعد : التنازل عن العقد ، منشأة المعارف ١٩٨٥
  - نحو قانون خاص بالائتمان : منشأة المعارف ١٩٩١
  - الضمانات غير المسماة فى القانون الخاص ، ١٩٩٢

## ثانيا : المراجع الفرنسية

### (A) Ouvrages Généraux


- Atias Chr. , Droit Civil, les biens., Vol . 1.1980

- Cabrillac M. et Mouly C., Droit des sûretes, Litec. 1990.

- Carbonnier, Droit Civil, T. 111, Thémis.

- Enc. Dalloz, Rep. Civ. V"Revendication, Vente, Cession de Contrat.

-Enc. Dalloz, Rep. Com. V. Faillite personnelle - Réglement judiciaire - Liquidation des biens - Effets - Crédit - bail - Paiement .

- Gavalda et Stoufflet, Droit de la Banque, Themis 1974.

-Ghestin et Goubeaux , Traité de Droit Civil, T.1, Introduction Générale, L.G.D.J. 1977.

- Ghestin, T.11, Les obligations : Le Contrat, 1980

- Ghestin et Desché , La Vente, 1990.

- Guyon, Droit des Affaires, 1989 .

- Hemard J. , Traité theorique et pratique de droit Commercial 1953.

-Jcl. Civ.- Not. Vente - Transport de Créance.

- Jeantin M. Droit Commercial, Dalloz, 1990.

- Lescot et Rablot , Les effets de Commerce 1953.

- Marty et Raynaud , Vol. 3, Les Sûretés et la publicité foncière.

- Mazeaud H,L et J., Leçons de Droit Civil, par Juglart, 4e éd. , T.3

- Planiol et Ripert, Traité de droit Civil, par Hamel , Givord et Tunc. T.X, 1956.

- **Ripert et Rablot**, Traité élémentaire de Droit Commercial , éd. 1973, 1990.

-**Rablot**, Les effets de Commerce , Sirey 1975.

- **Soinne** , Traité des procédures Collectives , Litec 1987.

- **Thuillier** H. Enc. Dalloz, Rep. civ., V. privileges mobiliers .

- **Weill**, Les biens , 1970 .

## (B) Ouvrages Spécialisés


- Aubert, Le droit de disposer de l'immeuble in Etudes offers à Jacques Flour , Rep. Not. Def. 1979.
- Broca, Manuel de la Clause de reserve de propriété 1982.
- Cabrillac M., la protection du Créancier dans les sûretés mobilières Conventionnelles sans dépossession, préface de E.Becqué , S. 1954.
- Centre de droit de l'entreprise , la Clause de résérve de propriété , Paris 1980.
- Chaput Y., Droit de redressement et de la liquidation judiciaires , 2eme éd.
  - Les Sûretés négatives : Annales de la faculté de Droit Clermont 1974.158.
- Carbonnier, l''influence du paiement du prix sur le transfert de la propriété dans la Vente , in travaux et Conférences de l'Université libre de Bruxelles, T. VII, Bruxelles 1960.
- Crémieux - Israël, Leasing et Crédit -bail Immobilier, Ed. Dalloz, 1975.
- Cerexhe E et Danse A., La Vente a temperament et son financement dans le marché Commun, T. 1 ( Le Droit Français), T.11 ( Les droits belge et Luxembourgeois ), T .111 ( Les droits Allemand, Italien et Neerlanais). Travaux de la Facultés de droit de Namur, 1970.
- Coppens, Idées nouvelles dans le droit de la faillite, Travaux de la quatrième journée d'études juridiques Jean Dabin, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain , Bruylant , Bruxelles 1969.
- Dagot M. La Vente d'immeuble à Construire, Litec, 1983.
- Derrida F., P. Gode et J. P. Sortas, Redressement et liquidation judiciaire des entreprises , 2e. éd.
- Derruppé J., De la fiducie au Crédit bail , P. U.F. 1983.
- Ghestin , Conformité et garanties dans la Vente, 1983.

- La transmission des obligations , Travaux des IX journées d'etudes , Jean Dabin , Louvain 1980.

- Godé, Volonté et manifestations tacites, Travaux et Recherches de l'Université de Lille II, P.U.F. Paris, 1977.

- Legeais , Les garanties Conventionnelles sur Créances 1986.

- Loussouarn, Le transfert de propriété par l'effet des Contrats, Cours de doctorat, droit privé, Paris 1969-1970.

_ Malaurie Ph. , La Cession de Contrat, Cours doctorat , Paris 11,1975-1976.

- Margellos, La protection du Vendeur d'objets mobilièrs Corporels à travers la Clause de reserve de propriété, étude de droit Comparé, 1990.

- Mestre J. , La subrogation personnelle, L.G.D.J. 1979.

- El Mokhtar Bey, De la symbiotique dans les leasing et Crédit-bail mobiliers, Dalloz, 1970.

-Pillebout, Recherches sur l'exception d'inexécution , Paris 1971.

- Raynaud, P., Les Contrats ayant pour objet une obligation, Cours D.E.A, Paris 11, 1977-1978.

- Roubier P., Droit subjectif et situation juridiques, Dalloz, 1963.

-Sommade R., La Vente à Crédit, Paris 1959.

- Teyssié B., Les groupes de Contrats, L.G.D.J. 1975.

- Vasseur et Marin, Le Chéque, Sirey 1969.T.11.

## (C) Thèse

- Atias Ch., le transfert Conventionnel de propriété immobilière, Poitiers, 1974.

- Bonhomme J., Le transfert des risques dans la vente de meubles Corporels, thèse dact. Montpellier, 1978.

- Derruppé J. La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de Créance, Toulouse 1952.

- Dypeyron Ch., La régulation des actes nuls, Toulouse, L.G.D.J. 1973.

- Gerbay ph. Moyens de pression privés et exécution du Contrat, Dijon, 1976.

- Goubeaux G., La régle de l'accessoire en droit privé, Nancy 1969, L.G.D.J. préface D. Tallon.

- Guerriers M.A., l'acte juridique solennel, Toulouse 1975, L.G.D.J.

- Lauriol M., La subrogation réelle, Paris, Sirey, 1954.

- Pastaud P., L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires, thèse Limoges 1977.

- Pérochon F., La résérve de propriété dans la Vente de meubles Corporels, Litec 1988.

- Pillebout J.F., Recherches sur l'exception d'inexecution, Paris 11, 1971, préface P. Raynaud.

- Reymond de Gentile, Le principe de l'égalité entre les créanciers Chirographaires, Surey 1973.

- Shulze E., La Clause de réserve de propriété en droit Civil et international privé franco-Allemand Comparé, Paris 1958.

-Taisne J.J., La notion de Condition dans les actes juridiques , thèse, Lille 1977.

- Terre F., L'influence de la Volonté individuelle sur les qualifications, L.G.D.J. 1956.

- Verdier J.M., Les droits éventuels , Contribution à l'etude de la formation successives des droits, thèse, Paris, 1955.

- Witz, La fiducie en droit privé français, Strasbourg, 1979.

- Zampou Téné- Boukhari, La reserve de propriété dans les Ventes à Crédit contribution à la garantie du Crédit mobilier par la propriété, Strasbourg, 1984.

## (D) Articles, Rapports, Colloque, Congrés

- Le A.N.C.J., Congrés d'octobre, Gaz. Pal. 4 mars 1980.
-Acquaviva et Bacrot, La Clause de résérve de propriété en droit des affaires, Gaz. Pal., 30 nov., 13 déc.1980.
- Aynés L., Les garanties du financement, Rapport de synthèse presenté au Congrès des notaire 1980, Defrénois 1980.
- Beneza, Reserve de propriéré et procédures Collectives , Gaz. Pal. 1989.1.
- Bey E.M., La propriété , le Crédit envisagé Comme une sûreté , in l'evolution du droit des sûretés , R. Jur. Com. fév. 1982.
- Bloch P., L'obligation de transférer la propriété dans la Vente, R.T.D. Civ. 1988. 673.
- Cablillac M., Les accessoires de la Créance, in Mélanges A. Weill, P. 107.
- Bouloc B. Les problemes juridiques et financiers posés par la vente à Crédit, R. int. d. comp. 25e année, n. 3 juill- sept. 1973.
- Calendini J.M., La juridication Cometente pour Connautre d:une revendication reposant sur une Clause de réserve de propriété , Petites Affiches , 21 oct. 1983 .
- Catala N., Fanjou , De la nature juridique du droit de rétention , R.T.D. Civ. 1967.
- Chaput , La Clause de réserve de propriété, J.C.P. 1981.1.3017.
- La transmission de obliogations en droit bancaire français , in le transmission des obligations , IX journées d'études juridiques J/ Dabin , L.G.D.J.1980.
-Calloque sur " La Clause de réserve de propriété" organisé à Paris les 25 et 26 sep. 1980 par l'institut français de la formation permanante.
- Dagot M., Sûretés immoblilières, publicité foncière et saisie immobilière. R. de droir immobilier , 1982 ,4.

- Dauphin H., La Clause de réserve de propriété dans la jurisprudence de la Cour de Cassation, in Rapport de la Cour de Cassation 1988.
- Deprez J. Les sanctions à l'inexecution des obligations Contractuelles en droit Civil et Commercial français in Trav. de l'assoc. de H. Capitant, T.XVIII, 1964.
- Delebècque ph., les sûretés dans les nouvelles procédures Collectives , J.C.P.N. 1986.1.186.
-Dèmoures Y., La Vente avec réserve de propriété, R.T.D. Com. 1982.33
- Derrida F., La Clause de reserve de propriété et le droit des procésures Collectives , D. 1980.293.
- Denouin ph., Pour une analyse " fonctionnelle" de la Condition, R.T.D.Civ. 1978.1.
- Duguet Ch., Rapport à la Conférence Générale des tribunaux de Commerce sur la réserve de propriété , Gaz. Pal., 8-10 juin 1980.
- Fangain P., Réseve de propriété, illusions sur ses effets économiques, Gaz. Pal. 1er juill. 1980.
-Falcon M., rapport sur " Le Crédit interentreprises" au C.N.P.F., 9 oct. 1978.
- Garcin, La réserve de propriété et ses Conséquences économiques , Droit et affaire, P. 324-Gaz.Pal. 19801.193.
- Gavalda C., Les aspects bancaires de la Clause de réserve de propriété , in act. de droit de l'entreprise , T.12., 1982.
- Genty , Conditions du banquier subrogé dans les droits du Vendeur de meubles Corporels , Banque et droit, 1988.47.
-Ghestin J., Reflexions d'un Civiliste sur La Clause de reserve de propriété, D. 1980.1.
- Ghestin et Jamin , la protection du Vnedeur sous reserve de propriété et de l'entreprise en diffucilté , R. proc. Call., 1989.291.
- Gore F., Le transfert de la propriété dans les Ventes de choses de genre, D. 1954. 175.
- Gozi A., Nature juridiques et transmisibilité de la Clause de re-

serve de propriété, D. 1986.317.

- Guyenot et A. Fresy, Similitudes et divergences de la Conception de la reserve de propriété en droit français et anglais 1984.1.116.

- Hémard, obs. , R.T.D. Civ. 1980-632.

-Houin R., L'introduction de la Clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite , J.C.P. 1980.2278

- Jacquot, La Clause de réserve de propriété , Act. fid. 1980.3.

- Jadaud B., Incidences fiscales de la Caluse de réserve de propriété, Actualités , Droit et gestion 1980.9308

- Juan R., Conseils pour la rédaction d'une Clause de résérve de propriété, Gaz.Pal., 8 jan. 1981.5.

  - quatre ans de jurisprudence sue la Clause de réserve de propriété, Chaiers de d. de l'ntrepr. 1987.4.

- Kergall J., La reserve de propriété , Les instruments de Crédit qui en de coulent et leurs effets économiques , Analyse financière, 1er trim. 1979.51.

- Lancereau P., Les Contrats de la location Vente et de location assortie d'une promesse de Vente et la loi du 13 juill. 1979, R. immob. 1980.22.

- Larroumet ch., La fiducie inspirée du trust , D. 1990.119.

- Loussouarn Y., les résolutions amiables ou judiciaires de Ventes mobilieres pendant la période suspecte, R.T.D.Com. 1949.274.

- Lyonnet et B., Réflexions sue la proposition de loi adoptée par le Sénat, gaz. Pal, 7 mars 1980.

  -La faillite de la faillite , Gaz. Pal. 1980. 119.

- Marmol Ch., La Clasue de reserve de propriété dans les Ventes de meubles Ann. dr. com. 1939.177.

- Martel-Tribes A., Les Clause de reserve de propriété , des enseignements tirés d;un echec, J.C.P. 1977.2875.

- Marty J.P., Les rapports de la Créance fondamentales et du titre avec la provision de la lettre de change , R.T.D. Com.1978.307.

- Mayer P., Les Conflits de loi en matière de reserve de propriété aprés la loi du 12 mai 1980, J.C.P. 1980.11.13.
- Mesissner G., L'opposabilité de la propriété mobilière aux tiers en droit Allemand et spécialement de la reserve de la propriété Gaz.Pal. 27 juin 1972.369.
- Merle , l'intrepretation jurispeudentielle de la Clause de reserve de propriété , Banque 1986.644.
- Millon, Rapport doc. n. 1492, Ass. Nat. 1er session 1979-1980.
- Mouly C., Procédures Collectives : assainir le régime des sûretés , Etudes R. Rablot. 533.
- Mousseron, La Clause de réserve de propriété , Cahiers de droit de l'entreprise 1980.
- Ortscheid, Possession et Clause de reserve de propriété en droit français et Allemand , R.int. d. Comp. 1983.767.
- Pédamon M.: - La reserve de propriété en droit Allemand , Gaz.Pal . 6 jan. 1981, P.5.
  - Rapport au Congrès de l"Association nationale des Conseils juridiques à Strasbourg les 10 et 11 oct. 1980, Gaz. Pal des 2 et 4 déc. 1980.
  - La reserve de propriété en droit Allemand et en droit français , R. jur. Com., numéro spécial, fév. 1982.
  - Des Clause résolutoires expresses pour Cause de faillite ou de réglement judiciaire dans les Ventes mobilieres, D. 1963.145.
  - Considerations Comparative , sur la loi du 12 mai 1980 , Etudes offertes à R. Rodière 1980.
- Pontavice , Intérêts et limites de la Clause de résérve de porpriété , R. Banque, triage à part, 1982 . 79.
- queranet et Garcin , Les législations de la Vente dans les pays du marché Commun, gaz. Pal. 8 jan. 1981.
- Roult J., Les Clauses par lesquelles le vendeur de meubles tente d'échapper à la loi du dividende , R. Gén. faillites , 1936.396.

- Regine J., Les Conseils pour la redaction d'une Clause de réserve de propriété , Gaz. Pal. 8 jan. 1981.
- Roure, Rapport à la Conférence Générale des tribunaux de Commerce à Versaille de nov. 1980, Petites affiches, 12 jan. 1981.
- Rudloff. M., Rapport au Sénat , 1er sess. ord. 1970-1980.
- Ruttimann, L'exercice suisse des resrve de propriété dans les Ventes , in Idéees nouvelles dans le droit de la faillite .., Université de Louvain, Bruxelles 1969.
- Schmidt D., J. Hemmelé , L. Chopard, La Vente de son bien pae le Créancier prorietaire, J.C.P. 1988, éd. E., 11.15309.
- Simont L. et J. de Gavre , Examen de juriprudence, R.Crit. jur belge, 1969-1975.
- Soinne, La transmission de la reserve de la propriété , gaz. Pal. 1985.1.187.
- Sorck M., Revendication des marchandises et sort d'un contrat de Vente Conclu avec une Clause de reserve de propriété. D. 1988.131.
- Stoufflet , Vente avec réserve de propriété , utilisation de la réserve de propriété pour la garantie d'un Crédit acheteur in actualité de dr. de l'entreprise, T.12,2982.
- Stumpf, L'experience Allemande de la reserve de propriété , in idées nouvelles dans le droit de la faillite , Université de Louvain , Bruxelles 1969.
- Sydics d'Orleans, Congrés en oct. 1978, Gaz. Pal. 1978.2.607.
- Thieffry, La Clause de reserve de propriété serait-elle déja pleinement valable en Françe ou le sera -t-elle bientôt, Gaz. Pal 1980.1.193.
-Thibierge, L'autonomie du privilége du prêteur de deniers et les prêts à l'acquisition immobilière, Rép. Défrenois 1971, art. 30007.

- Trigeaud J.M., la reserve de propriété et le transfert de propriété, J.C.P. 1982.11.13744.
- Vallens, la Clause de reserve de propriété et la procédure de redressemnet judiciaire, J.C.P. 1986, Ed.E. 14651.
- Vasseur R.L., Un grave problème d'application de la loi Dailly ..., D.1986.33- D. 1982.227-J.C.P.1985.1.320.
-Von Breitenstein, La Clause de reserve de propriété et le risque d'une perte fortuite de la Chose Vendue, R.T.D.Com. 1980.43.
- Witz, Le droit des sûretés réelles mobilières en Republique fédérale d'Allemagne,. R. int. de d.Com. 1985.27.
  - Les transfert fiduciaires à tite de garantie, in les opérations fiduciaires 1985.

## (E) Note, Observations


- Auloy J.C., D. 1963-277.
- Beaubrun, D. 1981.212.
- -Becque E., J.C.P. 1942.11.1815.
- Breau, D.1962.96.
- -Cabrillac M., D. 1986.246.
- Chaput, J.C.P. 1984, éd C.I. 14271.
- Caporale, D. 1976.678.
- Bouzat, R. sc. crim., 1979.109.
- -Chassagnon Y., Gaz. Pal , 28 juin 1981.
- Cornu, obs., R.T.D. Com. 1963.572- R.T.D. Civ. 1963.566.
- -Dekeuwer F., R.d.banc. 1987 - 101- 1989.142.
- -Demogue , obs. R.T.D.Civ. 1935. 694.
- Derrida, D. 1979. 354, 441 . 1986-109 - 1988.8- 1985. 258- 1986-171- R.T.D. Com. 1975. 638.
- Fouchard, R. Crit de. int. pr. 1971.75.
- Dureil. Gaz. Pal. 1983.2.620.
- Fouchard, R. Crit de. int. pr. 1971.75.
- Gallet C.H., R.J.Com. 1988.3- Journ. agrées 1988-269 - 1984.255.
- Ghestin, J.C.P. 1981.11.19615.
- -Garcin et Thieffry, Gaz. Pal. 1983.1.161.
- -Guérin, J.C.P. 1966.11.14865-1969.11.15820.
- -Guyon Y., D. 1980.138.
- -Hemard, et Bouloc , obs., R.T.D.Com. 1986 ( 287-544)-1988 ( 199-285) - 1987 ( 408-568-105-245) 1985 (561) - 1986 ( 148) 1984 ( 717) 1990 ( 285-435).
- Honorat. obs. D. 1980. 187- 1976 .70 - Rep. not. Defrenois 1984.650.
- Houin, obs., R.T.D. Com 1963.333- 1975. 638.
- Joly, J.C.P. 1987.327.
- Leloup, J.C.P. 1965.11.14331.

- Lucas de Leyssac., D. 1976 - 407.
- Matzger, R. Crit d. int. privé 1974.100.
- Mestre J., R.J.Com. 1981 . 378 - Journ. agrées 1983.309 - 1984.327- R. jurispr. Com. 1983.309.
- Moore T.G. GAz. Pal., 4 juill. 1980.
- Mourgeon, J.C.P. 1971.11.16674.
- Nast, D.P. 1938.1.92.
- Naguyen Phu Duc., D. 1977.702.
- Pérochon F., D. 1991.191 - Petites Affiches, n. 16, 5 fév. 1990, P. 14.

Pontavice, Bull, du Conseil national des Commissaires aux Compte déc. 1975. 472.

- Banque, nov. 1980.122.
- Reau, D. 1962.1.96.
- Roubier, J.C.P. 1942 .11.2056.
-Salle de la Marnierre , D. 1933.1.65.
- Soinne, R.proc. Coll. 1986.36- 1988-101.
- Thieffry J., Gaz.Pal. 18 et 19 déc. 1981.
-Wahl , D.P. 1894.1.413.
-Vendamme, D.P. 1934.1.151.

Virassamy G., D.S. 1991.130.

- Von Brfitenstein , R.T.D.Com. 1980.43.
- Viatte, Journ. not. 1979. art. 55059.

# الفهرس


مقدمة ... ه

فصل تمهيدى

صور شرط الاحتفاظ بالملكية فى عقد البيع ... ٩

المبحث الأول : شرط الاحتفاظ بالملكية والبيع الائتمانى ... ١٠

– المطلب الأول : نقل الملكية فى عقد البيع ... ١٠

– المطلب الثانى : البيع الائتمانى ... ١٢

تعريف ... ١٢

أهمية البيع الائتمانى ... ١٣

البيع الائتمانى والبيع الموصوف ... ١٤

– المطلب الثالث : صور البيع الائتمانى ... ١٦

١– البيع لاجل أو البيع بالتقسيط ... ١٦

٢– البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ... ١٨

ماهيته ... ١٨

مشروعيته ... ٢٠

مجاله ... ٢٣

٣– البيع المؤجل التسليم ... ٢٥

٤– البيع الايجارى ... ٢٧

تعريفه ... ٢٧

الحكمة منه ... ٢٨

تكييف العقد ... ٣٠

البيع الايجارى والايجار المقترن بوعد بالبيع ... ٣٢

٥– التأجير الائتمانى ... ٣٣

المبحث الثانى : ضمانات البائع فى استيفاء الثمن ... ٣٩

– المطلب الأول : الضمانات القانونية لحق البائع فى الثمن ... ٣٩

(أ) الحق فى حبس المبيع ... ٤٠

(ب) فسخ البيع واسترداد المبيع ... ٤٤

حكم القواعد العامة ٤٤
أحكام خاصة بفسخ المنقول ٤٦
عدم جدوى الفسخ فى ضمان حق البائع ٤٩
(جـ ) امتياز البائع ٥٣
الحق فى التنفيذ على اموال المشترى ٥٣
مضمون امتياز البائع ٥٤
مدى جدوى امتياز البائع فى ضمان حقه ٥٦
– المطلب الثانى : الضمانات الاتفاقية لحق البائع فى الثمن ٥٨
(أ)التأمينات العينية والشخصية ٥٨
مضمون التأمينات العينية والشخصية ٥٨
جدوى التأمينات العينية والشخصية فى ضمان حق البائع ٦٠
(ب) الشرط الجزائى ٦١
(جـ) الشرط المانع من التصرف ٦٣
جدوى الشرط فى ضمان حق البائع . ٦٣
مقارنة الشرط المانع من التصرف بشرط الاحتفاظ بالملكية ٦٥
(د) شرط الاحتفاظ بالملكية ٦٧
١– مكانة الشرط وتطوره فى القانون الالمانى ٦٨
٢– مكانة الشرط وتطوره فى القانون الفرنسى ٧٢

## الباب الأول

**آثار شرط الاحتفاظ بالملكية فيما بين الاطراف** ٧٧

### الفصل الأول

**اثر الشرط على نقل ملكية المبيع** ٧٨
**المبحث الأول** : اثر الشرط على نقل ملكية المبيع فى القانونين الفرنسى والمصرى . ٧٨
(أ) وضع المسألة من الناحية النظرية ٧٩
(ب) وضع المسألة من الناحية العملية ٧٩

المبحث الثاني : أثر الشرط على نقل ملكية المبيع فى القانون الالمانى ٨٥
(أ) المركز القانونى للبائع ٨٥
(ب) المركز القانونى للمشترى ٨٦

الفصل الثانى

أثر الشرط على تبعة هلاك المبيع ٨٩
(أ) قواعد تحمل تبعة هلاك المبيع . ٨٩
(ب) اثر شرط الاحتفاظ بالملكية على تبعة هلاك المبيع ٩١
القانون الالمانى ٩١
القانون المصرى ٩١
القانون الفرنسى ٩٣

الفصل الثالث

مصير شرط الاحتفاظ بالملكية ٩٧
-حكم الشرط قبل حلول موعد الوفاء بالثمن . ٩٧
-وفاء المشترى بالثمن ٩٨
- تخلف المشترى عن الوفاء بالثمن ١٠٠
- تعزيز شرط الاحتفاظ بالملكية بالشرط الجزائى ١٠٣
- مصير شرط الاحتفاظ بالملكية فى القانون الالمانى ١٠٤

الباب الثاني

آثار شرط الاحتفاظ بالملكية بالنسبة للغير

الفصل الأول

نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين
(دعوى استرداد المبيع) ١٠٨
المبحث الأول : مدى نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الدائنين فى كل من القانون المصرى والالمانى والفرنسى . ١٠٩

الوضع فى القانون المصرى ١٠٩
- الوضع فى القانون الالمانى ١١٠
- الوضع فى القانون الفرنسى السابق . ١١١
- التطور التشريعى الحديث فى القانون الفرنسى ١١٢
**المبحث الثانى :** دعوى استرداد البائع للمبيع المحتفظ بملكيته فى القانونين الفرنسى والالمانى ١١٧
- المطلب الأول : شروط قبول دعوى الاسترداد ١١٧
الفرع الأول : الاتفاق كتابة على شرط الاحتفاظ بالملكية قبل تسلم المشترى للمبيع . ١١٨
(أ) المقصود بالشرط المكتوب ١١٩
(ب) الطبيعة القانونية للكتابة المطلوبة ١٢٣
(جـ) قيام الاتفاق على الشرط قبل تسليم البضاعة ١٢٦
(د) عدم خضوع الشرط للشهر . ١٢٧
(هـ) صحة واثبات الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية فى القانون الالمانى ١٢٨
الفرع الثانى : رفع دعوى الاسترداد خلال مدة معينة ١٣١
الفرع الثالث : احتفاظ المبيع بطبيعته ( بقاء البضاعة على حالتها العينية ) ١٣٤
(أ) تمييز المبيع والتعرف عليه . ١٣٥
- عبء الاثبات ١٣٥
- الاشياء المثلية ١٣٦
- اختلاط البضائع . ١٣٧
- وجود اتفاق يقيم قرينة لصالح البائع . ١٣٨
(ب) اندماج المنقول المبيع بالعقار أو الحاقه به . ١٤١
(جـ) تغير الحالة العينية للبضاعة . ١٤٣
(د) بقاء المبيع المحتفظ بملكيته ، على طبيعته فى القانون الالمانى ١٤٥

- المطلب الثانى : احكام دعوى الاسترداد ١٤٩
- أهلية الخصوم ١٤٩
- الاختصاص بنظر دعوى الاسترداد ١٥٠
الفرع الثانى : آثار دعوى الاسترداد ١٥١
- عدم قابلية الدعوى للتجزئة ١٥٢
(أ) أثر الاسترداد على عقد البيع ١٥٣
(ب) دور الشرط الصريح الفاسخ ١٥٧
(جـ) مصير الثمن المدفوع وتأثير الشرط الجزائى ١٦٠
- عدم وجود شرط جزائى ١٦٠
- وجود شرط جزائى ١٦١
(د) دخول البائع كدائن عادى ضمن جماعة دائنى المشترى
المفلس ١٦٤
(هـ ) حق البائع فى حالة تغير الحالة العينية للبضاعة
أو لختفائها . ١٦٥

الفصل الثانى
أثر شرط الاحتفاظ بالملكية قبل الغير
المتصرف اليه فى المبيع
( مدى نفاذ الشرط قبل الغير صاحب الحق
العينى على المبيع المحتفظ بملكيته) ١٦٧
المبحث الأول : نفاذ التصرفات التى يبرمها المشترى على
المبيع المحتفظ بملكيته ١٦٨
- المطلب الاول : مشروعية ونفاذ تصرف المشترى فى المبيع
المحتفظ بملكيته . ١٦٨
(أ) من الناحية الجنائية ١٦٨
(ب) من الناحية المدنية ١٦٩
- أولوية مبدأ الحيازة بحسن نية . ١٨٠
- نفس الحكم فى القانون الالمانى ١٧١
- المطلب الثانى : حق البائع فى ثمن المبيع المحتفظ بملكيته

قبل الغير المتصرف اليه ١٧٢
- المطلب الثالث : الدائن صاحب التأمين العينى على البضاعة المحتفظ بملكيتها ١٧٥
المبحث الثانى : تفادى مخاطر تصرف المشترى فى المبيع المحتفظ بملكيته ١٧٨
(أ) عقد الوديعة ١٧٨
(ب) عارية الاستعمال ١٧٩
(جـ) حق عينى جديد ١٨٠
نظره الفقه الالمانى ١٨١
(د) الشرط المانع من التصرف ١٨٤
(هـ) البيع الايجارى والتأجير الائتمانى ١٨٥
الخلاصة ١٨٥
المبحث الثالث : ضمانات البائع فى حالة تصرف المشترى فى المبيع المحتفظ بملكيته ١٨٧
- مرونة الوضع فى القانون الالمانى ١٩٠

الفصل الثالث

انتقال شرط الاحتفاظ بالملكية للغير على سبيل الضمان
( استفادة الغير من الشرط كأداة ضمان) ١٩٣
المبحث الأول : حوالة الحق ١٩٤
المبحث الثانى : الحلول الاتفاقى ١٩٧
- الاتجاه الاول ١٩٨
- الاتجاه الثانى ٢٠٠
- الاتجاه الثالث ٢٠١
- الاتجاه الرابع ٢٠٣
المبحث الثالث : التنازل عن عقد البيع ٢٠٤
المبحث الرابع : تظهير الأوراق التجارية ٢٠٦
المبحث الخامس : البيع المزدوج ٢٠٧
- وضع المسألة ٢٠٧

- موقف الفقه ٢٠٨

- موقف القضاء ٢١٠

المبحث السادس : موقف محكمة النقض الفرنسية من انتقال الاستفادة من شرط الاحتفاظ بالملكية للغير ٢١٢

المبحث السابع : وضع المسألة فى القانون المصرى ٢١٧


## الباب الثالث


الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ٢١٩


### الفصل الأول


الطبيعة القانونية للشرط فى الفقه والقضاء الفرنسى ٢٢٠

المبحث الأول : بيع معلق على شرط واقف ٢٢١

المبحث الثانى : بيع معلق على شرط فاسخ ٢٢٧

المبحث الثالث : بيع مقترن بشرط فاسخ صريح ٢٣٠

المبحث الرابع : بيع معلق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل الثمن( موقف محكمة النقض الفرنسية ) ٢٣٢

- مضمون النظرية ٢٣٢

- موقف محكمة النقض ٢٣٣

- تقدير النظرية ٢٣٤

المبحث الخامس : بيع مضاف الى أجل واقف ٢٣٩

- مضمون النظرية ٢٣٩

- تقدير النظرية ٢٤٣

المبحث السادس : تعدد الطبيعة القانونية للبيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ٢٤٨

- الطائفة الاولى : بيع بشرط فاسخ وشرط جزائى ٢٤٩

- الطائفة الثانية : بيع مضاف الى اجل واقف مع شرط فاسخ وشرط جزائى ومقترن باتفاق مرحلى ٢٥٢

**الفصل الثانى**

**الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية**

**فى القانون الوضعى** ٢٥٧

**المبحث الأول : موقف المشرع الفرنسى من الطبيعة القانونية**
لشرط الاحتفاظ بالملكية ( قانون ١٢ مايو ١٩٨٠ ) ٢٥٨

تعليق ٢٦٣

**المبحث الثانى :** الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية فى القانون الالمانى ٢٦٤

**المبحث الثالث :** الطبيعة القانونى لشرط الاحتفاظ بالملكية فى القانون المصرى ٢٧١

**خاتمة البحث**

(أ) نتائج البحث ٢٨٠

(ب) تقييم شرط الاحتفاظ بالملكية ٢٨٥

تعليق ٢٩٤

(جـ ) اقتراح التعديل التشريعى ٢٩٥

– الاستغناء عن شرط الاحتفاظ بالملكية بتعديل قانون الافلاس ٢٩٥

– تدعيم شرط الاحتفاظ بالملكية ٢٩٨

– الابقاء على قواعد قانون البيع . ٣٠٢

**قائمة المراجع** ٣٠٥

أولاً : المراجع العربية : ٣٠٥

(أ) المراجع العامة ٣٠٥

(ب) المراجع المتخصصة والابحاث . ٣٠٧

ثانياً : المراجع الفرنسية : ٣٠٨

(A) Ouvrages Généraux ٣٠٨

(B) Ouvrages Spécialisés ٣١٠

(C) Thèses ٣١٢

(D) Articles, Rapports , Colloques, Congrès ٣١٣

(E) Note, Observations ٣١٧

رقم الايداع
٩٣/٣٦٩٥

مركز الكرنك للكمبيوتر
ت : ٤٨٣٢٧١١